النجم الثاقب

في شرح تنبيه الطالب

للإمام الأصولي الفقيه المفسّر

شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني

رحمه الله تعالى

تشرّفت بخدمته والعناية به

اللجنة العلمية بمركز دار المنهاج للدراسات والتحقيق العلمي

المجلد الخامس

الشّركة - الوكالة - الوديعة - العاريّة - الغصب - الشّفعة - القِراض - المساقاة
المزارعة - الإجارة - الجُعالة - المسابقة - إحياء الموات - اللقطة - اللقيط

دار المنهاج

الإصدار الأول - الطبعة الأولى
١٤٤٣هـ - ٢٠٢١م

دار المنهاج للنشر والتوزيع
المملكة العربية السعودية - جدة
حي الكندرة - شارع الملك فهد - جانب البنك الفرنسي
هاتف رئيسي 00966 12 6326666
المكتبة 6322471 - فاكس 6320392
ص . ب 22943 - جدة 21416
www.alminhaj.com
E-mail: info@alminhaj.com

9 789953 541969
الرقم المعياري الدولي
ISBN: 978 - 9953 - 541 - 96 - 9

بسم الله الرحمن الرحيم

النجم الثاقب

في شرح تنبيه الطالب

٥

أسماء أعضاء اللجنة المشاركة في إنجاز هذا الكتاب

التحقيق والعناية والضبط

قصي بن محمد نورس الحلاق
عبد الله بن علي ابن سميط
أحمد بن عبد الخالق علوش
عبد الله بن أحمد دندشلي
حسام الدين بن محمد جزماتي
يوسف بن أحمد رضوان المقداد
عبد اللطيف بن أحمد عبد اللطيف

التصحيح والمراجعة

أبو بكر بن محمد بلفقيه
عبد الله بن عمر ابن سميط
أحمد بن علي الكاف
علي بن محمد العيدروس
عبد الله بن أحمد الكاف

التنسيق والمتابعة

إسماعيل بن ياسين حسين
حسان بن محمود المعراوي
محمد بن سقاف بلفقيه

رئيس اللجنة

محمد غسان بن نصوح عزقول

المشرف العام

عمر سالم سعيد باجخيف

تتمّة أبواب المعاملات

باب الشّرِكة

(باب) بيان (الشركة) وحكمها

هي بكسر الشين وإسكان الراء ، وحُكِي فتح الشين مع كسر الراء وإسكانها ، و(شركٌ) بلا هاءٍ .

وهي لغةً : الاختلاط ، **وشرعاً** : ثبوت الحقِّ في شيءٍ لاثنين فأكثرَ علىٰ جهة الشيوع ، **ومقصود الباب** : شركةٌ تحدث بالاختيار بقصد التصرُّف وتحصيل الربح ، وليست عقداً مستقلّاً ، بل هي في الحقيقة وكالةٌ وتوكيلٌ .

* * *

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ . . . ﴾ الآية [1] ، وخبر : « يقول الله : أنا ثالث الشريكَينِ ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه . . خرجْتُ من بينهما » رواه أبو داوود والحاكم وصحَّحا إسناده [2]

والمعنىٰ : أنا معهما بالحفظ والإعانة ، فأُمدُّهما بالمعونة في أموالهما ، وإنزال البركة في تجارتهما ، /فإذا وقعت بينهما الخيانة . . رفعتُ البركة والإعانة عنهما ؛ وهو معنىٰ (خرجت من بينهما) . ٤١٢/أ

---

(١) سورة الأنفال : (٤١) .

(٢) المستدرك على الصحيحين (٢/٥٢) ، سنن أبي داوود (٣٣٧٦) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

وكان السَّائب بن زيدٍ شريكاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم قبل المبعث[1] ، وافتخر بعد المبعث بشركته فقال : (كان عليه الصلاة والسلام شريكي ، نِعْمَ الشريكُ !! لا يداري ولا يماري ولا يشاري)[2] ، قال الدميري : (**والمشاراة** : اللَّجاج في الأمر)[3]

واستُؤنس لها بقوله تعالىٰ : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ ﴾[4] ، وبالضرورة كانوا مشتركين ؛ إما في عينها ملكاً ، أو [منفعتها إجارةً][5] أو إعارةً ، وبقوله تعالىٰ : ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ ﴾ أي : الشركاء ـ قاله في « البيان »[6] ـ ﴿ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾[7] ، وأجمعت الأمة علىٰ جوازها .

* * *

(١) قوله : (السائب بن زيد) كذا في « مغني المحتاج » (٢/٢٧٤) ، وفي « الإقناع » (١/٢٩١) ، و« أسنى المطالب » (٢/٢٥٢) : (السائب بن يزيد) ، وفي « النجم الوهاج » (٥/٧) : (السائب بن أبي السائب) ، قال البجيرمي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته على الخطيب » (٣/١٠٤) : (قوله : « السائب بن يزيد » قال شيخ الإسلام في « شرح الأعلام » : من قال : إنه ابن يزيد . . فقد وهم ، بل هو ابن أبي السائب الصيفي بن عابد المخزومي . انتهىٰ « م د ») .

(٢) أخرجه الحاكم (٢/٦١) ، وأبو داوود (٤٨٠٣) عن سيدنا السائب بن أبي السائب رضي الله عنه .

(٣) النجم الوهاج (٥/٨) .

(٤) سورة الكهف : (٧٩) .

(٥) في الأصل : (منفعة بإجارة) ، والتصويب من « النجم الوهاج » (٥/٧) .

(٦) البيان (٦/٣٥٩) .

(٧) سورة صٓ : (٢٤) .

يَصِحُّ عَقْدُ ٱلشِّرْكَةِ مِنْ كُلِّ جَائِزِ ٱلتَّصَرُّفِ . . . .

(**يصح عقد الشركة**) التي سنفصلها (**من كل جائز التصرُّف**) فيُشترَط في كلٍّ من العاقدَينِ أهليةُ التوكيل والتوكُّل ؛ لأن كلّاً منهما يتصرَّف في ماله بالملك وفي مال الآخر بالإذن ، فإن كان أحدهما هو المتصرِّفَ . . اشتُرط فيه أهلية التوكُّل وفي الآخر أهلية التوكيل فقط ، حتىٰ يجوز كونه أعمىٰ ؛ كما قاله في « المطلب »[(١)].

وقضية كلامهم : جواز الشركة للولي في مال محجوره ، وللمكاتِب ، **والأقرب** : الجواز ـ كما قال الزركشي ـ في الأولىٰ كالقراض[(٢)] ، بل أَولىٰ ، لٰكن يُشترَط أن يكون الشريك عدلاً يجوز إيداع مال المحجور عنده ؛ كما نبَّه عليه الأذرعي وغيره[(٣)] ، والمنع ـ كما في « المطلب » ـ في الثانية إذا كان المأذون له المكاتب[(٤)] ؛ لِمَا فيه من التبرُّع بعمله .

ولو مات أحد الشريكين وله طفلٌ ، ورأى الولي المصلحة في الشركة . . استدامها ؛ كما سيأتي[(٥)].

---

(١) انظر « بداية المحتاج بشرح المنهاج » (٢/٢٤٠) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٥٣) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٧٦) : (وهو كذٰلك كالقراض وإن نظر فيه بعض المتأخرين ، بل أَولىٰ) .

(٣) قوت المحتاج (٣/٩) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٧٦) بعد كلام الأذرعي : (وهو ـ كما قال بعض المتأخرين ـ **ظاهرٌ** فيما إذا كان الشريك هو المتصرِّف دون ما إذا كان الوليُّ المتصرِّف) .

(٤) المطلب العالي (ص ٢٧١ ـ ٢٧٢) رسالة جامعية .

(٥) انظر ما سيأتي (٥/٢٢ ـ ٢٣) .

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا عَلَى ٱلْأَثْمَانِ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلنَّصِّ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ عَلَىٰ كُلِّ مَا لَهُ مِثْلٌ ، وَهُوَ ٱلْأَظْهَرُ . وَلَا تَصِحُّ مِنَ ٱلشِّرْكَةِ إِلَّا شِرْكَةُ ٱلْعِنَانِ . . . .

ويكره مشاركة ذمّيٍّ ، ومن لا يحترز من الربا ونحوه ؛ لِمَا في أموالهما من الشبهة .

* * *

(**ولا تصح إلا على الأثمان**) أي : الدراهم والدنانير (**على ظاهر [النص]**)[1] ؛ لأنها قيم الأشياء ، وتصح في المغشوشة إن راجت على الأصح ، بخلافها في القراض ؛ كما سيأتي إيضاحه ثَمَّ[2] .

(**وقيل : تصح على كل ما له مثلٌ**) حقيقيٌّ ؛ كالبُرِّ والحديد والتِّبر (**وهو الأظهر**) لأنها إذا اختلطت بمثلها . . ارتفع معها التميز فأشبهت النقدين ، أما المتقوِّم ولو كان له مِثْلٌ صورةً . . فلا تصح فيه إلا بالحيلة الآتية[3] ؛ إذ لا يمكن الخلط فيه ، وحينئذٍ فقد يتلف مال أحدهما أو ينقص ، فلا يمكن قسمة الآخر بينهما ، حتى لو اشتبه ثوباهما . . لم يكف للشركة ؛ كما في « أصل الروضة »[4] .

[شركة العِنان]

(**ولا تصح من**) أنواع (**الشركة إلا شركة العِنان**) بكسر العين ؛ من

---

(١) في الأصل : (المذهب) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » ، وانظر « مختصر البويطي » (ص ٦٩٢) .

(٢) انظر ما سيأتي (٥/٢٦٧) .

(٣) انظر ما سيأتي قريباً (٥/١٤) .

(٤) روضة الطالبين (٣/٤٧٧) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥/١٩٠) .

وَهِيَ : أَنْ تُعْقَدَ . . . .

(عنَّ الشيء) : ظهر ، قاله الجوهري [1] ؛ إما لأنها أظهر الأنواع ، أو لأنَّه ظهر لكلٍّ من الشريكين مال الآخر ، أو من عنان الدابة ، قال السبكي : (وهو المشهور) [2] ؛ لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرُّف واستحقاق الربح على قدر المالين ؛ كاستواء طرفي العنان .

* * *

وأركانها خمسةٌ : عاقدان ، ومعقودٌ عليه ، وعملٌ ، وصيغةٌ .

(**وهي**) أي : شركة العنان (**أن تعقد**) بلفظٍ صريحٍ أو كنايةٍ يشعر بالإذن في التصرُّف ، وفي معناه : ما مرَّ في (الضمان) [3] ،/ فلو اقتصرا على (اشتركنا) . . لم يكفِ في الإذن المذكور ؛ لقصور اللفظ عنه ؛ لاحتمال أن يكون إخباراً عن حصول الشركة ، ولا يلزم من حصول الشركة جوازُ التصرُّف ، بدليل الموروث [4] ٤١٢/ب

وعلىٰ هـٰذا : لا يتصرَّف كلٌّ منهما إلا في نصيبه ، قال السبكي : (فإن نويا بذٰلك الإذن في التصرُّف . . كان إذناً) [5]

* * *

ولو شرط أحدهما ألَّا يتصرَّف في نصيبه . . لم يصح العقد ، وإن قال

---

(١) الصحاح (٥/١٧٣٨) ، مادة (عنن) .

(٢) الابتهاج في شرح المنهاج (ق٣/٤٤٠) مخطوط .

(٣) انظر ما تقدم (٤/٥٤٠) .

(٤) أي : بدليل المال الموروث .

(٥) الابتهاج في شرح المنهاج (ق٣/٤٤١) مخطوط .

عَلَىٰ مَا تَجُوزُ ٱلشِّرْكَةُ عَلَيْهِ ، وَأَنْ يَكُونَ مَالُ أَحَدِهِمَا مِنْ جِنْسِ مَالِ ٱلْآخَرِ وَعَلَىٰ صِفَتِهِ ؛ فَإِنْ كَانَ مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ وَمِنَ ٱلْآخَرِ دَنَانِيرُ ، أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا صِحَاحٌ وَمِنَ ٱلْآخَرِ قُرَاضَةٌ . . لَمْ تَصِحَّ ٱلشِّرْكَةُ . وَأَنْ يُخْلَطَ ٱلْمَالَانِ .

أحدهما للآخر : (اتَّجر أو تصرَّف) . . اتَّجر في الجميع فيما شاء ، ولا يتصرَّف القائل إلا في نصيبه ما لم يأذن له الآخر ، ومتىٰ عيَّن جنساً . . لم يتصرَّف في غيره ، ولا يُعتبَر فيما عيَّنه أن يعمَّ وجوده ؛ لأنه توكيلٌ ، ذكره المحاملي وغيره[1] ، بخلاف القراض .

* * *

ولا يعقد إلا (**علىٰ ما تجوز الشركة عليه**) من الدراهم والدنانير ، وكل مثليٍّ علىٰ ما مرَّ ، (**وأن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلىٰ صفته**) من صحَّةٍ وغيرها ، (**فإن**) كان هناك اختلاف جنسٍ ؛ كأن (**كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير ، أو**) صفةٍ ؛ كأن كان (**من أحدهما صحاحٌ ومن الآخر قراضةٌ**) أو من أحدهما حنطةٌ حمراء ومن الآخر حنطةٌ بيضاء . . (**لم تصح الشركة**) لوجود التمييز ، حتىٰ لو تلف مال أحدهما قبل التصرُّف . . تلف علىٰ مالكه فقط .

* * *

(و) يُشترَط (**أن يُخلَط المالان**) بحيث لا يتميزان ؛ لِمَا مرَّ في امتناع المتقوِّم ، ولا بدَّ أن يكون الخلط قبل العقد ، فلو عقدا من غير خلطٍ ، أو خلطا بعد العقد ولو في مجلسه . . لم يصح ؛ إذ لا اشتراك حال العقد ، فلا بدَّ من إعادته .

---

(١) انظر « كفاية النبيه » (١٠/١٨١) .

وَقِيلَ : وَأَنْ يَكُونَ مَالُ أَحَدِهِمَا مِثْلَ مَالِ ٱلْآخَرِ فِي ٱلْقَدْرِ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .

ولا يُشترَط في الشركة تساوي المالين في القدر ، (**وقيل : و**) يُشترَط (**أن يكون**) مع ما ذُكِر (**مال أحدهما مثل مال الآخر في القدر**) لأن الربح يحصل بسبب المال والعمل ، فكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في المال . . لا يجوز الاختلاف في قدره[1] ، (**وليس بشيءٍ**) لأن المال أصلٌ ؛ بدليل أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما به ، والعمل تابعٌ ؛ بدليل [جواز][2] انفراد أحدهما به .

* * *

ولا يُشترَط العلم بقدر كلٍّ من المالين أهو النصف أم غيره عند العقد إذا أمكن معرفته من بعد بمراجعة حسابٍ أو وكيلٍ ، فيصح العقد مع الجهل بذٰلك ولو تصرَّفا قبل المعرفة ؛ لأن الحقَّ لا يعدوهما وقد تراضيا ، بخلاف ما لا يمكن معرفته ، ولو كان الجهل بالقدر مع العلم بالنسبة ؛ كما لو وضع أحدهما دراهم في كفَّة الميزان ووضع الآخر بإزائها مثلَها . . صحَّ ؛ كما هو مقتضىٰ كلام الرافعي[3] ، وبه صرَّح الماوردي وغيره[4]

---

(١) قال ابن الرفعة رحمه الله تعالىٰ في « كفاية النبيه » (١٠/١٨٥) : (فكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في المال ، والاختلافِ في العمل . . لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في العمل والاختلافِ في المال) ، وعبارة « النجم الوهاج » (٥/١٤) : (فكما لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في المال . . لا يجوز الاختلاف في المال مع التساوي في العمل) ، ومثله في « الشرح الكبير » (٥/١٩٠) .

(٢) في الأصل : (جوز) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١٠/١٨٥) .

(٣) الشرح الكبير (٥/١٩٠) .

(٤) الحاوي الكبير (٨/١٧١) .

وَإِنْ كَانَ مَالُهُمَا عَرْضاً وَأَرَادَا ٱلشِّرْكَةَ . . بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَعْضَ عَرْضِهِ بِبَعْضِ عَرْضِ صَاحِبِهِ ؛ فَيَصِيرُ مُشْتَرَكاً بَيْنَهُمَا . ثُمَّ يَأْذَنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ فِي ٱلتَّصَرُّفِ . . . .

وإن ملكا مشترَكاً ممَّا تصح الشركة فيه أو من المتقوِّمات بإرثٍ [أو] شراءٍ [أو] غيرهما[1] ، وأذن كلٌّ منهما للآخر في التجارة . . تمَّت الشركة ؛ لأن المقصود بالخلط حاصلٌ .

[الحيلة في تصحيح الشركة في العروض]

(**وإن كان مالهما عرضاً**) وهو المتقوِّم ؛ كالثياب (**وأرادا الشركة . . باع كلُّ واحدٍ/ منهما بعضَ عرضه**) مشاعاً كالثلث والربع (**ببعض عرض صاحبه**) سواء أتساويا ؛ كالنصف والنصف ، أم لا ؛ كالثلث والثلثين ، (**فيصير مشتركاً بينهما**) علىٰ نسبة ما وقع عليه العقد ، أو يبيع كل واحدٍ منهما بعض عرضه لصاحبه بثمنٍ في الذِّمَّة [ويتقاصَّان][2] 1/413

(**ثم يأذن كل واحدٍ منهما**) بعد أن يُخلط المالان ، أو بعد أن يبيع كل واحدٍ إلى الآخر وبعد التقابض (**للآخر في التصرُّف**) لأن خلط المالين أو الشراء لا يتضمَّن الإذن في التصرُّف ، ولا يُشترَط علمهما بقيمة العرضين .

وقوله : (كل) محتاجٌ إليه في الإذن ونسبة البيع إليه بالنظر إلى المشتري ؛ بتأويل أنه بائعٌ للثمن .

---

(1) في الأصل : (وشراء وغيرهما) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (1/347) .
(2) في الأصل : (ويتقاصا) ، والتصويب من سياق العبارة .

فَمَا حَصَلَ مِنَ ٱلرِّبْحِ . . يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ ، وَمَا حَصَلَ مِنَ ٱلْخُسْرَانِ . . يَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ . فَإِنْ تَسَاوَيَا فِي ٱلْمَالِ وَشَرَطَا ٱلتَّفَاضُلَ فِي ٱلرِّبْحِ ، أَوْ تَفَاضَلَا فِي ٱلْمَالِ وَشَرَطَا ٱلتَّسَاوِيَ فِي ٱلرِّبْحِ . . بَطَلَ ٱلْعَقْدُ ، وَقُسِّمَ ٱلرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ قَدْرِ ٱلْمَالَيْنِ ، . . . .

وهٰذه الصورة من الحيل في تصحيح الشركة على المتقوّم ، ذكرها المزني [1] ، وجرىٰ عليها الأصحاب .

[الربح والخسران علىٰ قدر المالين]

(**فما حصل من الربح . . يكون بينهما علىٰ قدر المالين ، وما حصل من الخسران . . يكون بينهما علىٰ قدر المالين**) باعتبار القيمة لا الأجزاء ، شُرِط ذٰلك أم لا ؛ عملاً بقضية الشركة ، لا علىٰ قدر العمل وإن تفاوتا فيه ؛ لأنَّا لو جعلنا شيئاً منهما في مقابلته . . لخالفنا وضع الشركة .

(**فإن تساويا في المال وشرطا التفاضل في الربح ، أو تفاضلا في المال وشرطا التساوي في الربح . . بطل العقد**) والتصرف صحيحٌ ؛ كما صرَّح به في « المهذب » وغيره للإذن [2] .

(**وقسم الربح بينهما علىٰ قدر المالين**) لأنه مستفادٌ منهما ؛ كما لو كان بينهما نخلٌ فأثمرت .

* * *

(١) مختصر المزني (ص ١٠٩) .

(٢) المهذب (١/٤٥٥) .

وَرَجَعَ كَلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى ٱلْآخَرِ بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ . . . .

ولو شُرطت زيادة في الربح للأكثر منهما عملاً ؛ مبهماً كان نحو : (علىٰ أنَّ للأكثر منا عملاً كذا) ، أو معيَّناً نحو : (علىٰ أن لك كذا إن كنت أكثر عملاً منِّي) . . بطل الشرط ؛ كما لو شُرط التفاوت في الخسران . . فإنه يلغو ، ويُوزَّع الخسران علىٰ قدر المالين ، (**ورجع كل واحدٍ منهما على الآخر بأجرة عمله في ماله**) كما في القراض الفاسد .

فإن تساويا في أجرة العمل . . وقع التقاصُّ في الجميع إن تساويا في المال ، وفي بعضه إن تفاوتا فيه ؛ كأن كان لأحدهما ألفان وللآخر ألفٌ ، وأجرة كلٍّ منهما مئةٌ . . فثلثا عمل الأوَّل في ماله وثلثه على الثاني ، وعمل الثاني بالعكس ، فيكون للأول عليه ثلث المئة ، وله على الأول ثلثاها ، فيقع التقاصُّ بثلثها ، ويرجع على الأول بثلثها .

* * *

ولو استويا مالاً لا عملاً ؛ كأن كان لكلٍّ منهما ألفٌ ، وساوىٰ عمل أحدهما مئتين والآخرِ مئةً ، وشُرِطت زيادة لمن عمل منهما أكثر . . قاصَّ صاحبه بربع أجرة عمله ، ورجع عليه بما زاد ؛ وهو ربعها ؛ لأن نصف عمله مئةٌ ، ونصف عمل صاحبه خمسون ، فيبقىٰ له بعد التقاصِّ خمسون .

* * *

وإن شُرِطت الزيادة لمن عمل أقل . . فلا رجوع للآخر بشيءٍ ؛ لتبرُّعه بما زاد من عمله ، وإن شُرِطت لواحدٍ منهما إن زاد عمله (١) ،/ فزاد عمل الآخر . . ٤١٣/ب

---

(١) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .

وَأَمَّا شِرْكَةُ ٱلْبَدَنِ ؛ وَهِيَ : ٱلشِّرْكَةُ عَلَىٰ مَا يَكْسِبَانِهِ بِأَبْدَانِهِمَا . . فَهِيَ بَاطِلَةٌ ، . . . .

لم يرجع بشيءٍ على الأوّل وإن تفاوتا في المال ؛ لتبرُّعه بما زاد من عمله .

* * *

فلو كان لأحدهما ألفان وقيمة عمله مئتان ، وللآخر ألف وقيمة عمله مئةٌ . . فلصاحب الأكثر ثلث المئتين على الآخر ، وللآخر [ثلثا] [1] المئة عليه ، [وقدرهما] [2] متفقٌ ، فيتقاصَّان ، وإن كان قيمة عمل صاحب الأقل مئتين والآخرِ مئةً . . فلصاحب الأقل ثلثا المئتين على الآخر ، وللآخر ثلث المئة ، فيبقىٰ له بعد التقاصِّ مئة .

[شركة البدن]

(**وأما شركة البدن ؛ وهي : الشركة علىٰ ما يكسبانه بأبدانهما**) كشركة الحمَّالين وسائر المحترفة ؛ كالدَّلَّالين والخيَّاطين والنجَّارين ليكون بين اثنين منهم كسبهما بحرفتهما ، متساوياً أو متفاوتاً ، مع اتفاق الصنعة ـ كما ذُكِر ـ أو [اختلافها] [3] ؛ كخيَّاطٍ ورفَّاءٍ . . (**فهي باطلةٌ**) لتمييز المشتركَين بدناً ومنفعةً ، ولكثرة الغرر ؛ لأن كل واحدٍ منهما لا يدري أيكسب صاحبه أم لا ، وكم قدر كسبه ، فكلُّ مَنِ اكتسب شيئاً . . فهو له ، ولا شركة فيه للآخر ، فإن حصل شيءٌ من اكتسابهما مجتمعَينِ . . قُسِم بينهما علىٰ أجرة المثل ؛ كما

(١) في الأصل : (ثلث) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٣/٤٨٢) .

(٢) في الأصل : (وقدرها) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٣/٤٨٢) .

(٣) في الأصل : (أو اختلافهما) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٢٧٤) .

وَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُجْرَةَ عَمَلِهِ . وَأَمَّا شِرْكَةُ ٱلْمُفَاوَضَةِ ؛ وَهِيَ : أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْسِبَانِ بِأَمْوَالِهِمَا وَأَبْدَانِهِمَا ، وَأَنْ يَضْمَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَلْزَمُ ٱلْآخَرَ بِغَصْبٍ أَوْ بَيْعٍ فَاسِدٍ أَوْ ضَمَانِ مَالٍ . . فَهِيَ بَاطِلَةٌ ، وَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رِبْحَ مَالِهِ وَأُجْرَةَ عَمَلِهِ ، وَيَضْمَنُ مَا يَخْتَصُّ بِهِ مِنْ غَصْبٍ أَوْ بَيْعٍ فَاسِدٍ وَضَمَانِ مَالٍ . . . .

قال : (**ويأخذ كل واحدٍ منهما أجرةَ عمله**) لا بحسب الشرط .

[شركة المفاوضة]

(**وأما شركة المفاوَضة**) بفتح الواو (**وهي : أن [يشتركا]**[1] **فيما يكسبان بأموالهما وأبدانهما ، وأن يضمن كل واحدٍ منهما ما يلزم الآخر بغصبٍ أو بيعٍ فاسدٍ أو ضمانِ مالٍ . . فهي باطلةٌ**) لِمَا فيها من الغرر ، ولهٰذا قال الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه : (إن لم تكن شركة المفاوضة باطلةً . . فلا باطلَ أعرفه في الدنيا)[2] ؛ إشارةً إلىٰ كثرة الغرر والجهالات فيها .

وسُمِّيت مفاوضة من قولهم : (تفاوضا في الحديث) : إذا شرعا فيه جميعاً ، وقيل : من قولهم : (قومٌ فَوضىٰ) بفتح الفاء ؛ أي : متساوون .

(**ويأخذ كل واحدٍ منهما ربح ماله وأجرة عمله ، ويضمن ما يختصُّ به من غصبٍ أو بيعٍ فاسدٍ وضمان مالٍ**) لاختصاص كلٍّ منهما بسبب ذٰلك ، فإن حصل شيءٌ من اكتسابهما مجتمعَينِ . . قُسِم بينهما علىٰ أجرة المثل ، لا بحسب

(١) في الأصل : (يشتركان) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٢) الأم (٤/٤٨٧) .

وَأَمَّا شِرْكَةُ ٱلْوُجُوهِ ؛ وَهِيَ : أَنْ يَشْتَرِكَا فِي رِبْحِ مَا يَشْتَرِيَانِ بِوُجُوهِهِمَا . . فَهِيَ بَاطِلَةٌ ، فَإِنْ أَذِنَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ مَعْلُومٍ بَيْنَهُمَا ، فَٱشْتَرَيَاهُ وَنَوَيَا عِنْدَ . . . .

الشرط ، فإن أراد كلٌّ منهما بلفظ المفاوضة شركة العِنان ؛ كأن قالا : (تفاوضنا أو[1] اشتركنا شركة عنان) . . جاز ؛ بناءً على صحَّة العقود بالكنايات .

[شركة الوجوه]

(وأما شركة الوجوه ؛ وهي : أن يشتركا في ربح ما يشتريان بوجوههما) أي : بجاههما ؛ بأن يبتاع كلٌّ منهما بمؤجَّلٍ ، ويكون المُبتاع لهما ، أو اشترك وجيهٌ وخاملٌ ؛ ليبتاع الوجيه في الذِّمَّة ، ويبيع الخاملُ ، فإذا باعا في الأولىٰ أو الخامل في الثانية . . كان الفاضل عن الأثمان المبتاع بها بينهما ، ويقرب من ذٰلك ما ذكره الغزالي : أن يدفع خاملٌ مالاً إلىٰ وجيهٍ ؛ ليبيعه بزيادةٍ ، ويكون له بعض الربح[2] . . **(فهي باطلةٌ)** لخلوِّها عن المال المشترك الذي يُرجع إليه عند القسمة .

1/414 **(فإن أذن كل واحدٍ منهما للآخر في شراء شيءٍ معلومٍ/ بينهما فاشترياه)** أي : على [البدل][3] في شيءٍ واحدٍ ، أو كلاهما في شيئَينِ ، **(ونويا عند**

---

(1) قوله : (أو) كذا هي في « أسنى المطالب » (٢/٢٥٥) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٧٥) ، وفي « حاشية الشرواني علىٰ تحفة المحتاج » (٥/٢٨٣) أطال في بيان أنها (أي) ونقله أيضاً عن نسخة من « أسنى المطالب » نقلاً عن « حاشية الرشيدي علىٰ نهاية المحتاج » (٥/٤) ، والله أعلم .

(2) الوسيط (٣/٢٦٢) .

(3) في الأصل : (اليد) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١٠/١٩٥) .

ٱلشِّرَاءِ أَنْ يَكُونَ ذَٰلِكَ بَيْنَهُمَا . . كَانَ بَيْنَهُمَا وَرِبْحُهُ لَهُمَا . . . .

الشراء أن يكون ذٰلك بينهما . . كان بينهما وربحه لهما) لأن هٰذه وكالةٌ .

* * *

ولو اشترك مالك الأرضِ والبذرِ وآلةِ الحرث مع رابعٍ ليعمل علىٰ أن الغلَّة بينهم . . لم يصح ذٰلك شركةً ؛ لعدم اختلاط مالين ، ولا إجارةً ؛ لعدم تقدير المدَّة والأجرة ، ولا [قراضاً][1] ؛ إذ ليس لواحدٍ [منهم][2] رأس مال يرجع إليه عند الانفساخ ، فالزرع لمالك البذر ، ولهم عليه الأجرة إن حصل من الزرع شيءٌ ، وإلا . . فلا أجرة لهم ؛ لأنهم لم يحصِّلوا له شيئاً حتىٰ يستحقُّوا بدله .

* * *

واستُشكِل : باتفاقهم في القراض الفاسد علىٰ أن العامل حيث يستحقُّ الأجرة لا فرق بين حصول ربحٍ وعدم حصوله ، والمعنى الذي هنا موجودٌ ثَمَّ .

وأُجيب : بأن ذٰلك وُجِد فيه صورة القراض ، وما هنا لم يُوجَد [فيه][3] ذٰلك ، ولا صورة شركةٍ ولا إجارةٍ ، بل أقرب الأشياء به الجعالة الفاسدة ، والعامل فيها إنَّما يستحقُّ أجرة المثل إذا وجد فيها الغرض .

* * *

(١) في الأصل : (قراض) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٥٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٨٠) .

(٢) في الأصل : (منهما) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٥٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٨٠) .

(٣) في الأصل : (فيها) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٥٧) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٨٠) .

وَٱلشَّرِيكُ أَمِينٌ فِيمَا يَشْتَرِيهِ ، وَفِيمَا يَدَّعِيهِ مِنَ ٱلْهَلَاكِ ، وَفِيمَا يُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ . فَإِنْ عَزَلَ . . . .

[الشريك أمين]

(**والشريك أمينٌ فيما يشتريه**) فلو اشترىٰ أحد الشريكين شيئاً وقال : (اشتريته للشركة أو لنفسي) وكذَّبه الآخر ؛ بأن عكس ما قاله . . صُدِّق المشتري بيمينه ؛ لأنه أعلم بقصده ، (**وفيما يدَّعيه من الهلاك**) بلا سببٍ ، أو بسببٍ خفيٍّ كالسرقة ، فإن ادَّعاه بسببٍ ظاهرٍ ؛ كالحريق وجُهِل . . طُولِب ببيّنةٍ ، ثم بعد إقامتها يُصدَّق في التلف به بيمينه .

وسيأتي في (الوديعة) أنه إن عُرِف الحريق وعمومه . . صُدِّق بلا يمينٍ ، وإن عُرِف دون عمومه . . صُدِّق بيمينه ، فيأتي مثل ذٰلك هنا[(١)]

(**وفيما يُدَّعىٰ عليه من خيانةٍ**) كالوكيل والمودع ، ولو قال صاحب اليد : (اقتسمنا ، وصار ما في يدي لي) وأنكر الآخر وقال : (هو مشتركٌ) . . صُدِّق المنكر بيمينه ؛ **لأنَّ الأصل** : عدم القسمة ، وإن ادَّعىٰ كلٌّ [منهما أنه ملك هٰذا الرقيق مثلاً بالقسمة][(٢)] ، وحلفا أو نكلا . . جُعِل مشتركاً بينهما ، وإلا فللحالف .

[عقد الشركة جائز بين الشريكين]

ولكلٍّ من الشريكين فسخ الشركة ، فهي جائزةٌ من الجانبين : (**فإن عزل**

---

(١) انظر ما سيأتي (٥/١٢٣) .

(٢) في الأصل : (كل قسمة عبد مثلاً) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٢٨٠) ، و« نهاية المحتاج » (٥/١٣) .

أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَنِ ٱلتَّصَرُّفِ . . ٱنْعَزَلَ ، وَبَقِيَ ٱلْآخَرُ عَلَى ٱلتَّصَرُّفِ إِلَىٰ أَنْ يَنْعَزِلَ ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ . . ٱنْفَسَخَتِ ٱلشِّرْكَةُ . . . .

أحدهما صاحبه عن التصرُّف) في نصيبه . . **(انعزل)** لأنها وكالةٌ في الحقيقة **(وبقي الآخر على التصرُّف)** في نصيب المعزول **(إلىٰ أن ينعزل)** إذ لم يُوجَد ما يقتضي عزله .

* * *

(وإن مات أحدهما أو جُنَّ) أو أُغمِي عليه . . **(انفسخت الشركة)** كالوكالة ، ولا ينتقل الحكم في الثالثة عن المغمىٰ عليه ؛ لأنه لا يُولَّىٰ عليه ، فإذا أفاق . . تخيَّر بين القسمة و[استئناف][1] الشركة ولو بلفظ التقرير ، أو[2] كان المال عرضاً ، واستثنىٰ في « البحر » إغماءً لا يسقط به فرض الصلاة[3] ، فلا فسخ به ؛ لأنه خفيفٌ ، قاله ابن الرفعة[4] ، وظاهر كلامهم بخلافه .

وفي صورة الموت : إن لم يكن دَينٌ ولا وصيَّةٌ . . يتخيَّر الوارث بين

---

(١) في الأصل : (استأنف) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٥٧) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٧٩) .

(٢) كذا في « أسنى المطالب » (٢/٢٥٧) ، و« نهاية المحتاج » (٥/١١) ، وفي « مغني المحتاج » (٢/٢٧٩) : (إن) ، قال الرشيدي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ نهاية المحتاج » (٥/١١) : (قوله : « أو كان المال عرضاً » كان الأَولىٰ تقديمه علىٰ قوله : « ولو بلفظ التقرير » **لأن المراد** : أنه لا بدَّ من استئناف الشركة ولو كان المال عرضاً) .

(٣) بحر المذهب (٨/١٣٧) .

(٤) كفاية النبيه (١٠/١٩٧) .

القسمة وتقرير الشركة إن كان رشيداً ، وإلا . . فعلىٰ وليّه ما فيه حظُّه من الأمرين ، فإن كان دَينٌ أو وصيةٌ لغير معيَّنٍ كالفقراء . . فليس له ولا لولي غير الرشيد استئنافُها إلا بعد قضاء ما هناك من دَينٍ أو وصيَّةٍ ؛/ لأنَّ المال حينئذٍ كالمرهون ، والشركة في المرهون باطلةٌ ، فإن كانت الوصية لمعيَّنٍ . . فهو كأحد الورثة ، فيفصل فيه بين كونه رشيداً وكونه غير رشيدٍ . ١٤١٤/ب

* * *

وتنفسخ أيضاً بطروِّ حجر سفهٍ ؛ كما في « الكفاية »[1] ، وينبغي ـ كما قال الإسنوي ـ : أن تنفسخ أيضاً بطروِّ الاسترقاق والرهن وحجر الفَلَس[2] .

خاتمة

[في حكم ما لو أخذ جمل أحدٍ وراويةً لآخر ليستقي والحاصل بينهم]

لو أخذ شخصٌ جملاً لرجلٍ مثلاً وراويةً لآخر ليسقي الماء باتفاقهم ، والحاصل بينهم . . لم يصح عقد الشركة ؛ لأنها منافع أشياءَ متميزةٍ ، والماء الحاصل بالاستقاء للمستقي إن كان ملكه ، أو مباحاً وقصده لنفسه ، أو أطلق ، وعليه لكلٍّ من صاحبيه أجرة مِثْلِ ماله ، فإن قصد الشركة بالاستقاء في المباح . . فهو بينهم ؛ لجواز النيابة في تملُّك المباحات ،

---

(١) كفاية النبيه (١٠/١٩٧) .

(٢) كافي المحتاج (ق٣/٢٥٤) مخطوط .

وقسم بينهم علىٰ قدر أجر أمثالهم ؛ لحصوله بمنافع مختلفةٍ بلا تراجعٍ بينهم .

* * *

ولو قال شخصٌ لآخر : (سمِّن هٰذه الشاة مثلاً ولك نصفها) ، أو : (هاتَين علىٰ أن لك إحداهما) . . لم يصح ذٰلك ، واستحقَّ أجرة مثل عمله [1]

* * *

(١) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٨٠) : (وهٰذه المسألة ممَّا عمَّت بها البلوىٰ في قرىٰ مصر في الفراريج ؛ يدفع كاشف الناحية أو ملتزم البلد إلىٰ بعض البيوت المئة أو الأكثر أو الأقل ويقول : ربوها ولكم نصفها ، فيجب علىٰ ولي الأمر ومن له قدرة علىٰ منع ذٰلك أن يمنع من يفعل هٰذا ؛ فإن فيه ضرراً عظيماً) .

باب الوكالة

(باب) بيان (الوَكالة) وحكمها

هي ـ بفتح الواو وكسرها ـ **لغةً** : التفويض والحفظ ، **وفي الشرع** : تفويضُ شخصٍ أَمرَه إلىٰ آخر فيما يقبل النيابة ؛ ليفعله في حياته .

* * *

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾[(١)] ، وخبر « الصحيحين » : (أنه صلى الله عليه وسلم بعث السُّعاة لأخذ الزكاة)[(٢)]

و(قد وكَّل صلى الله عليه وسلم عمرو بن أميَّة الضمري في نكاح أم حبيبة) رواه البيهقي وصحَّحه الحاكم[(٣)]

* * *

واستُؤنس لها بقوله تعالىٰ : ﴿ فَٱبْعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ ﴾[(٤)] ،

---

(١) سورة النساء : (٣٥) .

(٢) صحيح البخاري (١٥٠٠) ، صحيح مسلم (١٨٣٢) عن سيدنا أبي حميد الساعدي رضي الله عنه ، وقد تقدم (٦٧٩/٢) .

(٣) المستدرك على الصحيحين (٢٢/٤) ، السنن الكبير (١٣٩/٧) برقم (١٣٩١٠) عن محمد الباقر رحمه الله تعالىٰ مرسلاً ، وفي « أسنى المطالب » (٢٦٠/٢) : (وصحَّحه الإمام) .

(٤) سورة الكهف : (١٩) .

مَنْ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِيمَا يُوَكَّلُ فِيهِ .. جَازَ تَوْكِيلُهُ وَجَازَتْ وَكَالَتُهُ . . . . . .

وقوله تعالى : ﴿ ٱذْهَبُوا۟ بِقَمِيصِى هَـٰذَا ﴾[1] ؛ لأنَّ شرع من قبلنا ليس بشرعٍ لنا على الأصح وإن ورد في شرعنا ما يُقرِّره .

والحاجة داعيةٌ إليها ؛ فإن الشخص قد يعجز عن القيام بمصالحه كلها ، فهي جائزةٌ ، بل قال القاضي حسين وغيره : (إن قَبولها مندوبٌ إليه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾[2] ، ولخبر : « والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه »)[3] .

وأركانها أربعةٌ : موكِّلٌ ، ووكيلٌ ، وموكَّلٌ فيه ، وصيغةٌ .

[ضابط من يصح توكيله وتوكله]

وقد أخذ في بيانها فقال : (**من جاز تصرُّفه**) بنفسه بملكٍ [أو ولايةٍ] (**فيما يُوكَّل**) بفتح الكاف (**فيه .. جاز توكيله**) لغيره ، [(**وجازت وكالته**) عن غيره] ، فيصح توكيل نافذ التصرُّف في ماله ، وتوكيل الولي في حقِّ الطفل ؛ كالأب والجد في التزويج والمال ، والوصي والقيِّم في المال ، فيوكل عن الطفل أو عن نفسه[4] ، وكالطفل المجنونُ والمعتوهُ والسفيه المحجور عليه ونحوهم .

---

(١) سورة يوسف ﷺ : (٩٣) .

(٢) سورة المائدة : (٢) .

(٣) انظر « كفاية النبيه » (١٠/٢٠٠) ، والحديث أخرجه مسلم (٢٦٩٩) ، وابن حبان (٥٣٤) ، والحاكم (٤/٣٨٣) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) زاد الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٨٢) قوله : (أو عنهما معاً ، ←

وَمَنْ لَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ . . لَا يَجُوزُ تَوْكِيلُهُ وَلَا وَكَالَتُهُ . . . .

ويصح توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم ، قال في « الخادم » : (وإن كان الوكيل لا يجوز له أخذها ؛ كما صرَّح به القفَّال في « فتاويه ») .

❊ ❊

(ومن لا يجوز تصرُّفه) لنفسه بملكٍ أو ولايةٍ . . (لا يجوز توكيله ولا وكالته) لأنه إذا لم يقدر على التصرُّف بنفسه . . فأَولىٰ ألَّا يملكه غيره من جهته (١) ، فلا يصح توكيل صبيٍّ ومجنونٍ ومغمىً عليه ونائمٍ في شيءٍ ، ولا توكيلُ فاسقٍ في نكاح [ابنته] (٢) ، ولا توكيل المرأة والمُحْرِم ـ بضم الميم ـ

١/٤١٥ في نكاحٍ ولا إنكاحٍ ؛/إذ لا تصح مباشرتهم لذٰلك .

وصورة توكيل المُحْرِم : أن يوكل ليعقد له أو لموليته حال الإحرام ، فإن وكَّله ليعقد له بعد التحلُّل ، أو أطلق . . صحَّ ، وطرده القاضي فيما لو وكَّله ليشتري له هٰذا الخمر بعد تخلُّله (٣) .

ولو وكَّل حلالٌ مُحْرِماً ليوكِّل حلالاً في التزويج . . صحَّ .

← **وفائدة كونه وكيلاً عن الطفل** : أنه لو بلغ رشيداً . . لم ينعزل الوكيل ، بخلاف ما إذا كان وكيلاً عن الولي) .

(١) قال ابن الرفعة رحمه الله تعالىٰ في « كفاية النبيه » (٢٠٣/١٠) : (قال : « ومن لا يجوز تصرُّفه . . لا يجوز توكيله » لأنه إذا لم يملك ذٰلك لنفسه . . فأَولىٰ ألَّا يملك ذٰلك غيره من جهته ، قال : « ولا وكالته » لأن التصرُّف الخاص بالإنسان أقوىٰ من التصرُّف في حقِّ الغير ، فإذا لم يقدر على الأقوىٰ . . فعلى الأضعف من طريق الأَولىٰ) .

(٢) في الأصل : (ابنتيه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢٦٣/٢) .

(٣) انظر « قوت المحتاج » (٢٢/٣) .

ولو أذنت المرأة لوليها بصيغة الوكالة ؛ كـ (وكلتك في تزويجي) . . صحَّ ؛ كما نقله في « البيان » عن النصِّ[(١)] ، وصوَّبه في « الروضة »[(٢)] .

[ما استُثني من الضابط السابق]

واستُثنِي من هٰذا الضابط طرداً وعكساً صورٌ :

فمن الأول ـ وهو : أن من صحَّت مباشرته بملكٍ أو ولايةٍ . . صحَّ توكيله ـ : غير المُجبِر إذا أذنت له موليته في النكاح ، ونهته عن التوكيل فيه . . لا يُوكِّل به .

ومن طلَّق إحدىٰ زوجتيه ، أو أعتق أحد عبدَيهِ ، أو أسلم عن أكثر من أربعٍ . . لا يُوكِّل في التعيين ولا في الاختيار ، إلا إذا عيَّن للوكيل المعيَّن أو المختار . . فهو كالتوكيل في الرجعة ، **فالأصح فيها** : الصحَّة ؛ كما سيأتي[(٣)] ، فيصح .

والظافر بحقِّهِ لا يُوكِّل في كسر الباب أو نحوه ، ويحتمل جوازه عند عجزه .

والمسلم لا يوكِّل كافراً في استيفاء قصاصٍ من مسلمٍ .

والوكيل لا يستقلُّ بالتوكيل فيما يقدر عليه .

والسفيه المأذونُ له في النكاح ليس له التوكيل به ؛ فإنَّ حَجْره لم يرتفع إلا عن مباشرته .

* * *

(١) البيان (١٩٢/٩) ، الأم (٤٢/٦) .

(٢) روضة الطالبين (٦٩٦/٤) .

(٣) انظر ما سيأتي (٣٦/٥) .

إِلَّا ٱلصَّبِيَّ ٱلْمُمَيِّزَ ؛ فَإِنَّهُ تَصِحُّ وَكَالَتُهُ فِي ٱلْإِذْنِ فِي دُخُولِ ٱلدَّارِ وَحَمْلِ ٱلْهَدِيَّةِ . . . .

ومن الثاني ـ وهو : أن من لا يصح منهُ مباشرة ما وكَّل فيه بملكٍ أو ولايةٍ . . لا يصح توكيله ـ : توكيلُ الأعمىٰ في البيع والشراء ونحوهما ممَّا يتوقَّف صحَّته على الرؤية كالإجارة ، والأخذ بالشفعة ، فيصح مع عدم صحَّة ذٰلك منه للضرورة .

والمستحِقُّ لحدِّ قذفٍ باستيفائه (١) ، وما لو وكل المشتري بإذن البائع مَن يقبض الثمن منه للبائع مع أنه يمتنع قبضه من نفسه .

وما لو وكَّلت امرأةٌ رجلاً بإذن الوليِّ لا عنها ، بل عنه أو مطلقاً في إنكاح موليته . . فيصح ، فإن كانت الموكلة هي المولية . . فكذٰلك في أحد وجهين رجَّحه ابن الصباغ والمتولي (٢) .

❊ ❊ ❊

وعُلِم من الضابط المذكور : شرط الوكيل ؛ وهو : صحَّة مباشرته التصرُّف المأذون فيه لنفسه ، ومن لا . . فلا ؛ لأنه إذا لم يقدر على التصرُّف لنفسه . . فلغيره أَولىٰ ، فلا يصح وكالة مجنونٍ ، ولا مغمىً عليه ، ولا امرأةٍ ولا مُحْرِمٍ في النكاح إيجاباً أو قَبولاً ، ولا صبيٍّ ولو مميزاً ، (**إلا الصبي المميز**) المأمون (**فإنه تصح وكالته في الإذن في دخول الدَّار ، وحمل الهديَّة**) لاعتماد السلف

---

(١) وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٨٢) : (والمستحق لقطع طرف أو لحد قذف ، فيصح أن يوكل في استيفائه مع أنه يمتنع عليه استيفاؤه) .

(٢) الشامل (ق ٢/٢٢٢) مخطوط ، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٩/٦٤) مخطوط .

عليه في ذلك من غير إنكارٍ ، قال الماوردي والروياني : (ويعتمد قوله في إخباره بطلب صاحب الوليمة)(١)

أما غير المأمون . . فلا يُعتمَد عليه قطعاً .

* * *

ويصح توكيل عبدٍ في قَبول نكاحٍ ولو بغير إذن سيِّده ، ويمتنع في الإيجاب ولو بإذن السيِّد ، ويصح توكيل الزوج سفيهاً في قَبول النكاح ، وكذا لو كان الوكيل مَحْرَماً ـ بفتح الميم ـ للزوجة كأخيها ؛ حيث لم يتعيَّن للولاية ، أو كان تحتَه أختُها أو [أربعٌ](٢) سواها ، أو كان موسراً في تزويج أمةٍ ، أو كان امرأةً في طلاق غيرها ؛ فإنه يصح .

ولا يصح توكيل / المرأة في رجعة نفسها ، ولا رجعة غيرها ، ولا في اختيار فراق خامسةٍ من أسلم ، ولا في اختيار النكاح ، ومثلُها الخنثىٰ . ٤١٥/ب

* * *

ويُشترَط في الوكيل أيضاً : تعيينه ، فلو قال لاثنين : (وكَّلت أحدكما في كذا) ، أو : (أذنت لكلِّ من أراد بيع داري أن يبيعها) . . لم يصح ، فإن عيَّنه وعمَّم ؛ كأن قال : (وكلتك في بيع كذا وكلَّ مسلمٍ) . . صحَّ ؛ كما بحثه شيخنا شيخ الإسلام زكريا ، قال : (وعليه العمل)(٣)

* * *

---

(١) الحاوي الكبير (١٢/١٩٥) ، بحر المذهب (٩/٥٣١) دار الكتب العلمية .

(٢) في الأصل : (أربعاً) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٣) فتح الوهاب (١/٢١٩) .

ويُشترَط في وكيل القاضي : أن يكون عدلاً ؛ كما صرَّح به ابنُ الصباغ والمتولي وغيرهما(١) ، **وفي وكيل الولي في بيع مال [المَوْلي]**(٢) **عليه** : عدم الفسق ، ويصح توكيل السكران بمحرَّمٍ كسائر تصرُّفاته ، بخلافه بغير محرَّمٍ ؛ كأن أُكرِه علىٰ شرب مسكرٍ ؛ فإنه كالمجنون .

* * *

وتوكيل المرتدِّ غيرَه كتصرُّفه ، ولو وكَّله أحدٌ . . صحَّ تصرُّفه ؛ لوقوعه لغيره ، واستثنى المتولي ما إذا حُجِر عليه(٣) ، وأقرَّه الشيخان(٤) .

ولو طرأت الردَّة على الوكيل . . لم تُؤثِّر ، أو على الموكِّل . . لم تُؤثِّر في التوكيل ، بل يُوقَف ؛ كملكه بأن يُوقَف استمراره ، خلافاً لِمَا جزم به ابن الرفعة في « المطلب » من البطلان(٥) .

* * *

ولا يصح توكيل المكاتب غيره في التبرُّعات بلا إذنٍ من سيِّده ، ولا [توكُّله](٦) بجُعلٍ لا يفي بأجرته ؛ لتبرُّعه بعمله .

ويصح توكيل كافرٍ في نكاح كتابيةٍ ولو لمسلمٍ ، وتوكيله في طلاق مسلمةٍ ؛

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٦٥) .

(٢) في الأصل : (الولي) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٢٨٤) .

(٣) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٦/١١٦ ـ ١١٧) مخطوط .

(٤) الشرح الكبير (٥/٢١٨) ، روضة الطالبين (٣/٤٩٧) .

(٥) المطلب العالي (ق ١٠/٣٢٠) مخطوط .

(٦) في الأصل : (توكيله) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٦٦) .

وَيَجُوزُ ٱلتَّوْكِيلُ فِي حُقُوقِ ٱلْآدَمِيِّينَ ؛ مِنَ ٱلْعُقُودِ ، وَٱلْفُسُوخِ ، وَٱلطَّلَاقِ ، وَٱلْعَتَاقِ ، وَإِثْبَاتِ ٱلْحُقُوقِ وَٱسْتِيفَائِهَا وَٱلْإِبْرَاءِ مِنْهَا . . . .

لأنه يملك طلاقها ؛ كأن أسلمت كافرةٌ بعد الدخول فطلَّقها زوجها ثم أسلم في العدَّة .

(و) لا يصح التوكيل فيما سيملكه ، وطلاق من سينكحها ؛ لأنَّه إذا لم يباشر ذٰلك بنفسه . . فكيف يستنيب غيره ؟! إلا تبعاً ، فيصح [ببيع][1] ما لا يملكه تبعاً للمملوك ؛ كما نُقِل عن الشيخ أبي حامد وغيره[2] ، وببيع عينٍ يملكها وأن يشتري له بثمنها كذا على الأشهر في « المطلب »[3] ، وقياس ذٰلك : صحَّة توكيله بطلاق من سينكحها تبعاً لمنكوحته ، ونقل ابن الصلاح : أنه يصح التوكيل ببيع ثمر شجرةٍ قبل إثمارها[4] ، ويُوجَّه بأنه مالكٌ لأصلها .

* * *

و(**يجوز التوكيل في حقوق الآدميين من العقود**) [المعاوضات][5] أو غيرها (**والفسوخ**) المتراخية ، وإلا . . فهو تقصيرٌ ، (**والطلاق والعتاق**) المنجَّزَينِ ، أما المعلَّقان . . فلا يصح ؛ لإلحاق المعلَّق باليمين ، (**وإثبات الحقوق واستيفائها والإبراء منها**) لثبوت النص في البعضِ[6] والباقي

---

(١) في الأصل : (بيع) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢١٩) ، و« الإقناع » (١/٢٩٥) .
(٢) انظر « تحرير الفتاوي » (٢/٩٧) .
(٣) المطلب العالي (ق ١٠/٢٥٤) مخطوط .
(٤) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٠٦) .
(٥) في الأصل : (للمعاوضات) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١٠/٢٠٧) .
(٦) منها : ما أخرجه البخاري (٣١٧٣) واللفظ له ، ومسلم (١٦٦٩) عن سيدنا سهل بن ←

وَفِي ٱلْإِقْرَارِ وَجْهَانِ . . . .

بالقياس ، ويُشترَط في المبرأ منه كونه معلوماً للموكِّل لا للوكيل .

* * *

(وفي) صحَّة التوكيل بـ (الإقرار) بأن يقول لغيره : (وكَّلتك لتُقِرَّ عنِّي لفلانٍ بكذا) ، فيقول الوكيل : (أقررت عنه بكذا) ، أو : (جعلته مُقِرّاً بكذا) . . (وجهان) **أصحُّهما** : عدم الصحَّة ؛ لأنه إخبارٌ عن حقٍّ سابقٍ ، فأشبه الشهادة ، **ووجه الصحَّة** : أنه قولٌ يلزم به حقٌّ فأشبه الشراء .

وعلى الأوَّل : يصير الموكِّل مُقِرّاً بالتوكيل ؛ كما جزم به الرافعي في (باب الإقرار)(١) ، وحكى النووي تصحيحه عن الأكثرين(٢) ؛ لإشعاره بثبوت الحقِّ عليه ، **وقيل** : لا يكون مقرّاً ؛ كما لا يكون مُقِرّاً على القول بصحَّة الوكالة ، وجزم به ابن الوردي في « بهجته »(٣) ، وحكى الرافعي تصحيحه عن

← أبي حَثْمَة رضي الله عنهما قال : انطلق عبد الله بن سهل ، ومحيصة بن مسعود بن زيد إلىٰ خيبر ؛ وهي يومئذٍ صلحٌ ، فتفرَّقا ، فأتىٰ محيصة إلىٰ عبد الله بن سهل وهو يتشحَّط في دمه قتيلاً ، فدفنه ، ثم قدم المدينة ، فانطلق عبد الرحمٰن بن سهل ، ومحيصة وحويصة ابنا مسعود إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فذهب عبد الرحمٰن يتكلم ، فقال : « كبِّر كبِّر » وهو أحدث القوم ، فسكت فتكلَّما ، فقال : « تحلفون وتستحقُّون قاتلكم ، أو صاحبكم » ، قالوا : وكيف نحلف ولم نشهد ولم نرَ ؟! قال : « فتبريكم يهود بخمسين » فقالوا : كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟! فعقله النبي صلى الله عليه وسلم من عنده .

(١) الشرح الكبير (٥/٢٩٨) .

(٢) روضة الطالبين (٣/٤٩١) .

(٣) بهجة الحاوي (ص ١٠٤) .

وَفِي تَمَلُّكِ ٱلْمُبَاحَاتِ ؛ كَٱلصَّيْدِ وَٱلْحَشِيشِ وَٱلْمَاءِ .. قَوْلَانِ ....

البغوي[١] ،/ وجرىٰ عليه الشيخ في (باب الإقرار) [وكما][٢] أن التوكيل بالإبراء ليس إبراءً ، والمعتمد : الأول . ١/٤١٦

ومحلُّ الخلاف : إذا قال : (وكَّلتك لتُقِرَّ عنِّي لفلانٍ بكذا) ، فلو قال : (أَقِرَّ عنِّي لفلانٍ بألفٍ له عليَّ) .. كان إقراراً قطعاً ، صرَّح به النووي نقلاً عن الجرجاني وغيره[٣] .

ولو قال : (أَقِرَّ له عليَّ بألفٍ) .. لم يكن إقراراً قطعاً ، صرَّح به صاحب « التعجيز »[٤] .

* * *

(وفي) صحَّة التوكيل بـ (تملُّك المباحات ؛ كالصيد والحشيش والماء) والاستقاء وإحياء الموات (قولان) أصحُّهما : الصحَّة ؛ لأنه أحد أسباب الملك كالشراء ، فيملكه الموكل إذا قصده الوكيل له ، والثاني : لا يصح ؛ كما في الاغتنام .

* * *

وقضية كلام « الروضة » و« أصلها » في (باب الالتقاط) : صحَّة التوكيل فيه[٥] ، وحكاه فيها هنا عن صاحب « البيان » بحثاً[٦] ، لـٰكن قال : (الأقوىٰ :

---

(١) الشرح الكبير (٥/٢٠٨) ، التهذيب (٤/٢٠٩) .

(٢) في الأصل : (كما) ، والتصويب من « الغرر البهية » (٥/٤٥٠) .

(٣) روضة الطالبين (٣/٤٩٢) ، الشافي في الفروع (ق ٢/٨٧) مخطوط .

(٤) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٦٢) .

(٥) روضة الطالبين (٤/٢٢٣) ، الشرح الكبير (٦/٣٧٥) ، والمراد : صحَّة التوكيل في الالتقاط .

(٦) البيان (٦/٣٩٧) .

وَلَا يَجُوزُ ٱلتَّوْكِيلُ فِي ٱلظِّهَارِ ، . . . .

ما قاله ابن الصباغ : إنه لا يصح ؛ كما في الاغتنام) انتهىٰ[١] ، وهـٰذا هو **المعتمد** ؛ كما جزم به الروياني والسبكي وابن المقري وغيرهم[٢] ، فلو وكَّله فيه فالتقط . . كان له دون الموكِّل ؛ تغليباً لشائبة الولاية لا لشائبة الاكتساب .

* * *

(**ولا يجوز التوكيل في الظهار**) لأن المُغلَّب فيه معنى اليمين ؛ لتعلُّقه بألفاظٍ وخصائصَ كاليمين ، قال في « المطلب » : (ولعلَّ صورته أن يقول : أنتِ علىٰ موكِّلي كظهر أمِّه ، أو : جعلت موكِّلي مُظاهِراً منك) قال : (**والأشبه أن يقول** : موكِّلي يقول : أنتِ عليه كظهر أمِّهِ)[٣] ، **والأشبه** : خلاف ما قاله .

* *

ولا في سائر المعاصي ؛ كالقتل والقذف والسرقة ؛ لأن حكمها يختصُّ بمرتكبها ، قال البلقيني : (ويُستثنَىٰ من ذٰلك : بيع الحاضر للبادي بالوكالة ، والبيع وقت النداء للجمعة لمن تجب عليه الجمعة ؛ فإنه يصح ، **وقياسه** : صحَّة التوكيل بالطلاق في الحيض)[٤] ، كما قاله الناشري[٥]

---

(١) روضة الطالبين (٤٩٢/٣) ، وفي هامش الأصل : (**بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة**) .

(٢) بحر المذهب (١٥١/٨) ، الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤٥٨/٣) مخطوط ، روض الطالب (٣٥٨/١) .

(٣) المطلب العالي (ص ٣٥٠) رسالة جامعية .

(٤) التدريب في الفقه الشافعي (١٢٧/٢) ، وعبارته : (والمعاصي لا يوكل فيها قطعاً إلا إذا كان هناك ما يوصف بالصحَّة ؛ كبيع الحاضر للبادي . . .) إلىٰ آخره .

(٥) إيضاح الفتاوي (ق ١٩٩/١) مخطوط .

وَٱلْأَيْمَانِ ، وَٱلْإِيلَاءِ ، وَفِي ٱلرَّجْعَةِ وَجْهَانِ . وَأَمَّا حُقُوقُ ٱللهِ تَعَالَىٰ : فَمَا كَانَ مِنْهَا عِبَادَةً . . لَا يَجُوزُ ٱلتَّوْكِيلُ فِيهَا ، . . . .

(و) لا في (**الأَيْمان**) إلحاقاً لها بالعبادات ؛ لتعلُّق حكمها بتعظيم الله تعالىٰ ، (و) لا في (**الإيلاء**) لأنه يمينٌ ، ولا في اللِّعان لذٰلك ، ولا في الشهادات ؛ إلحاقاً لها بالعبادات ؛ لاعتبار ألفاظها مع عدم توقُّفها علىٰ قَبول ، ولأن الحكم فيها منوطٌ بعلم الشاهد ، وهو غير حاصلٍ للوكيل ، وهٰذا غير تحمُّلها الجائز باسترعاءٍ أو نحوه ؛ كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ في (الشهادات) .

ولا في ملازمة مجلس الخيار ، [فلو][1] اصطرف اثنان ، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض ، فوكَّل وكيلاً في ملازمته . . لم يصح ، وينفسخ العقد بمفارقة الموكِّل .

* * *

(**وفي**) صحَّة التوكيل بـ (**الرجعة [وجهان]**[2]) **أصحُّهما** : الصحَّة ؛ قياساً على النكاح ؛ فإنَّهما لاستباحة البضع .

والثاني : لا يصح ؛ قياساً على التوكيل في [اختيار الزائدات][3] على الأربع عند الإسلام .

* * *

(**وأما حقوق الله تعالىٰ : فما كان منها عبادة**) كالصلاة والطهارة والاعتكاف . . (**لا يجوز التوكيل فيها**) لأن مُباشِرها مقصودٌ بعينه ابتلاء ،

---

(١) في الأصل : (ولو) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٦١) .

(٢) في الأصل : (قولان) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) في الأصل : (في اختيارات الزيادات) ، والتصويب من سياق عبارة « غنية الفقيه » (ق ٢/١٨٨) مخطوط .

إِلَّا فِي ٱلزَّكَاةِ وَٱلْحَجِّ ، وَمَا كَانَ مِنْهَا حَدّاً . . يَجُوزُ ٱلتَّوْكِيلُ فِي ٱسْتِيفَائِهِ

(إلا في) تفرقة **(الزكاة)** وصدقة التطوع والكفارة **(والحج)** والعمرة وتوابعهما ،/ والذبائح ؛ كالأضحية والهدي والعقيقة ؛ لأدلةٍ معروفةٍ في أبوابها . ٤١٦/ب

ومن ذٰلك : تجهيز الموتىٰ وحملهم ودفنهم ، لٰكن وقع في « البحر » : أنه لا يجوز التوكيل في غسل الميت [١]

❊ ❊

(وما كان منها حدّاً) كحدِّ الزنا والسرقة والشرب ، أو تعزيراً . . **(يجوز التوكيل في استيفائه)** كسائر الحقوق [٢] ، ولِمَا في « الصحيحين » من قوله صلى الله عليه وسلم في قصَّة ماعز : « اذهبوا به فارجموه » [٣] ، وفي غيرها : « واْغْدُ يا أُنَيس إلى امرأة هٰذا ؛ فإن اعترفت . . فارجمها » [٤]

بل يتعيَّن التوكيل في قصاص الطرف وحدِّ القذف ؛ كما سيأتي في

---

(١) انظر « كفاية النبيه » (٢١٦/١٠) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢٨٥/٢) تبعاً لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري رحمه الله تعالىٰ في « أسنى المطالب » (٣٠٤/١) : (والأوجَهُ ـ كما قال الأذرعي ـ : الجواز ؛ لأنه يجوز الاستئجار عليه) .

(٢) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢٨٦/٢) : (ومحلُّ صحَّة التوكيل فيما ذكره المصنف : إذا وكَّله بعد الثبوت ، فإن وكَّله قبله . . ففيه وجهان حكاهما الماوردي ، والظاهر منهما : عدم الصحَّة) ، وذٰلك خلافاً لابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالىٰ في « تحفة المحتاج » (٣٠٧/٥) ، والشمس الرملي رحمه الله تعالىٰ في « نهاية المحتاج » (٢٥/٥) حيث اعتمدا صحة التوكيل ولو قبل الثبوت .

(٣) صحيح البخاري (٥٢٧١) ، صحيح مسلم (١٦/١٦٩١) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٤) صحيح البخاري (٢٣١٤ ، ٢٣١٥) ، صحيح مسلم (١٦٩٧ ، ١٦٩٨) عن سيدنا أبي هريرة وسيدنا زيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما .

دُونَ إِثْبَاتِهِ . وَمَا جَازَ ٱلتَّوْكِيلُ فِيهِ . . جَازَ ٱسْتِيفَاؤُهُ مَعَ حُضُورِ ٱلْمُوَكِّلِ وَمَعَ غَيْبَتِهِ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ فِي ٱسْتِيفَاءِ ٱلْقِصَاصِ وَحَدِّ ٱلْقَذْفِ مَعَ غَيْبَةِ ٱلْمُوَكِّلِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ . . . .

محلِّهما[1] (**دون إثباته**) فلا يصح التوكيل فيه ؛ لبنائه على الدَّرء .

نعم ؛ قد يصح إثبات الحدِّ بالوكالة تبعاً ؛ بأن يقذف شخصٌ آخر فيطالبه بحدِّ القذف . . فله أن يدرأ عن نفسه بإثبات زناه بالوكالة وبدونها ، فإذا ثبت . . أُقِيم عليه الحدُّ .

❊ ❊ ❊

(**وما جاز التوكيل فيه . . جاز استيفاؤه مع حضور الموكِّل ومع غيبته**) لأنه صلى الله عليه وسلم كان يبعث العمَّال لقبض الصدقات والجزية[2] ، وفي غير الأموال بالقياس عليها .

نعم ؛ لو وكَّل الراهن المرتهن في بيع المرهون . . لم يصح البيع في غيبة الموكِّل **على الأصح** .

(**وقيل : لا يجوز في استيفاءِ القصاص وحدِّ القذف مع غيبة الموكِّل**) لاحتمال أن يكون قد عفا عنه في غيبته ، (**وقيل : يجوز**)[3] قولاً واحداً ؛ لِمَا مرَّ .

---

(١) انظر ما سيأتي (٩/١٢٤) .

(٢) صحيح البخاري (١٥٠٠) ، صحيح مسلم (١٨٣٢) عن سيدنا أبي حميد الساعدي رضي الله عنه ، وقد تقدم مراراً ، وانظر (٢/٦٧٩) .

(٣) قال الولي العراقي رحمه الله تعالىٰ في « تحرير الفتاوي » (٢/١٠١) : (اعترضه النووي في قوله : « وقيل : يجوز » وقال : إنه تكرار ؛ لدخوله فيما ذكره أولاً ، قال في « الكفاية » : ←

وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلَانِ . وَلَا تَصِحُّ ٱلْوَكَالَةُ إِلَّا بِٱلْإِيجَابِ وَٱلْقَبُولِ ، وَيَجُوزُ ٱلْقَبُولُ فِيهِ بِٱلْقَوْلِ وَٱلْفِعْلِ ....

(**وقيل : فيه قولان**) وهـٰذه الطريقة هي المشهورة ، **وأصحُّ قوليها** : الجواز ، وعُلِم توجيه القولين ممَّا ذكرناه ، فإن استوفاه الوكيل . . وقع الموقع وإن أبطلنا الوكالة ؛ لأنه استوفاه بالإذن ، قاله الرافعي في (الجنايات)[١]

ويجوز للإمام التوكيل في استيفاء حدود الله تعالىٰ ، وللسيِّد التوكيل في حدِّ مملوكه .

[صيغة الوكالة]

ثم شرع في ذكر الصيغة فقال : (**ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب**) كـ (وكَّلتك في كذا) ، أو : (فوَّضته إليك) ، أو : (أنت وكيلي فيه) ، أو : (أَنَبْتك) لأن الشخص ممنوعٌ من التصرُّف في مال غيره إلا برضاه ، ولو قال له : (بِعْ أو أعتق أو طلِّق) . . حصل الإذن ؛ لأنه أبلغ ممَّا سبق ، (**والقَبول**) كسائر التمليكات (و) لا يُشترَط القَبول من الوكيل لفظاً ، بل (**يجوز القَبول فيه**) أي : التوكيل (**بالقول والفعل**) إلحاقاً للتوكيل بإباحة الطعام .

نعم ؛ لو كان لإنسانٍ عينٌ معارةٌ أو مؤجَّرةٌ أو مغصوبةٌ ، فوهبها لآخر فقَبِلها ، وأذن له في قبضها ، ثم إن الموهوب له وكَّل في قبضها المستعيرَ أو المستأجرَ

← **وقد يجاب** : **بأن المراد** : بيان أن الأصحاب نصوا علىٰ جوازه ، لا أنه مأخوذٌ من عموم قاعدة قرروها ، **وأجاب عنه النشائي** : بأنه لو لم يذكره . . لكان مرجِّحاً لطريقة القطع بالجواز ، فلمَّا استوفىٰ ذكر الطرق الثلاثة بلفظ : « قيل » . . لم يكن في عبارته ترجيح واحدٍ منها) .

(١) الشرح الكبير (١٠/٣٠٥) .

وَيَجُوزُ ٱلْقَبُولُ عَلَى ٱلْفَوْرِ وَعَلَى ٱلتَّرَاخِي . . . .

أو الغاصبَ . . اشتُرط قَبوله لفظاً ، ولا يكفي بالفعل ؛ وهو الإمساك ؛ لأنه استدامةٌ لِمَا سبق ، فلا دلالة فيه على الرضا بقبضه عن الغير .

ولو وكَّله ولم يعلم . . صحَّ ، وتصرُّفه قبل العلم كبيع مال مورِّثه ظانّاً حياته فبانَ ميتاً .

* * *

أما القَبول معنىً ؛ فإن كان بمعنى الرضا . . فلا يُشترَط أيضاً **على الصحيح** ؛ لأنه لو أكرهه حتىٰ تصرَّف . . صحَّ ؛ كما قاله الرافعي في (الطلاق)[1] ، أو بمعنىٰ عدم الردِّ . . فيُشترَط / بلا خلافٍ ، فلو ردَّ فقال : (لا أقبل) ، أو : (لا أفعل) . . لم تصح ، فإن ندم بعد الردِّ . . جُدِّدت له ، (**ويجوز القَبول على الفور**) كغيرها من العقود (**وعلى التراخي**) لأنها إذنٌ في التصرُّف ، والإذن قائمٌ ما لم يرجع . 1/417

نعم ؛ لو وكَّله في إبراء نفسه ، أو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده . . اعتُبِر القَبول بالامتثال فوراً ، ذكره الروياني وغيره[2] ، وهـٰذان لا يُستثنَيان في الحقيقة ؛ لأن الأول منهما مبنيٌّ علىٰ أنه تمليكٌ لا توكيلٌ ؛ كنظيره في الطلاق ، والثاني إنَّما اعتُبِر فيه الفور ؛ لإلزام الحاكم إيفاء حقِّ الغريم ، لا للوكالة ، وتكفي الكتابة والرسالة بالوكالة .

* * *

---

(١) الشرح الكبير (٨/٥٥٨) .

(٢) بحر المذهب (٨/١٥٦) .

وَلَا يَجُوزُ ٱلتَّوْكِيلُ عَلَىٰ شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ؛ فَإِنْ عَقَدَ عَلَىٰ شَرْطٍ وَوُجِدَ ٱلشَّرْطُ ، فَتَصَرَّفَ ٱلْوَكِيلُ . . نَفَذَ تَصَرُّفُهُ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي ٱلْحَالِ وَعَلَّقَ ٱلتَّصَرُّفَ عَلَىٰ شَرْطٍ . . جَازَ . . . .

(**ولا يجوز التوكيل علىٰ شرطٍ مستقبلٍ**) كـ (إذا قدم زيدٌ) ، أو : (جاء رأس الشهر . . فقد وكَّلتك بكذا) ، أو : ([فأنت][1] وكيلي فيه) قياساً على الشركة والقراض وغيرهما ، (**فإن عقد علىٰ شرطٍ ، ووُجِد الشرط فتصرَّف الوكيل . . نفذ تصرُّفه**) **وفائدة البطلان** : سقوط الجعل المسمَّىٰ ، ووجوب أجرة المثل ، قال ابن الرفعة : (وعدم جواز التصرُّف ، واستبعده ابن الصباغ) انتهىٰ[2] ، **والظاهر** : الجواز[3]

❋ ❋

(**وإن وكَّله في الحال وعلَّق التصرُّف علىٰ شرطٍ . . جاز**) لعدم [تعليق][4] العقد ؛ كـ (وكلتك في بيع عبدي ولا تبعه إلا بعد شهرٍ) فلا [يبيعه][5] إلا بعد شهرٍ .

---

(١) في الأصل : (أنت) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢٦٦/٢) ، و« مغني المحتاج » (٢٨٨/٢) .

(٢) كفاية النبيه (٢٢٥/١٠) .

(٣) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢٨٩/٢) : (**تنبيه** : هل يجوز الإقدام على التصرُّف بالوكالة الفاسدة ؟ قال ابن الرفعة : لا يجوز ، ولكن استبعده ابن الصلاح ، وهـٰذا هو الظاهر ؛ لأن هـٰذا ليس من تعاطي العقود الفاسدة ؛ لأنه أقدم علىٰ عقدٍ صحيحٍ) .

(٤) في الأصل : (تعلق) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٥) في الأصل : (يبعه) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي خُصُومَةٍ ، أَوِ ٱسْتِيفَاءِ حَقٍّ . . لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَىٰ رِضَا ٱلْمُوَكَّلِ عَلَيْهِ . وَإِنْ وَكَّلَ فِي حَقٍّ . . لَمْ يَجُزْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَجْعَلَ ذَٰلِكَ إِلَىٰ غَيْرِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي ذَٰلِكَ ، أَوْ كَانَ ذَٰلِكَ مِمَّا لَا يَتَوَلَّىٰ مِثْلُهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ لَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ لِكَثْرَتِهِ . . . .

ويصح توقيت الوكالة ؛ كـ (وكلتك شهراً) ، فإذا مضى الشهر . . امتنع على الوكيل التصرُّفُ .

(**وإن وكَّله في خصومةٍ**) من جانب المدَّعي أو المدَّعَىٰ عليه ، سواء أكانت في مالٍ أم عقوبة لغير الله تعالىٰ (**أو استيفاء حقٍّ . . لم يفتقر إلىٰ رضا الموكل عليه**) لآية : ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾[1] ، وقياساً على التوكيل في قبض الزكاة والجزية .

* * *

(**وإن وكَّل في حقٍّ . . لم يجز للوكيل أن يجعل ذٰلك**) الحقَّ (**إلىٰ غيره**) لأنَّ الموكِّل لم يرضَ بتصرُّف غيره (**إلا أن يأذن له**) الموكِّل (**في ذٰلك**) لرضاه به ، (**أو كان ذٰلك ممَّا لا يتولَّىٰ مثله بنفسه**) لكونه لا يُحسِنه ، أو لا يليق به ؛ لأن تفويض مثل ذٰلك إليه إنَّما يُقصَد منه الاستنابة ، [**وقضيته**][2] : امتناع التوكيل عند جهل الموكِّل بحاله ، أو اعتقاده خلاف ما هو عليه ، وهو ـ كما قال الإسنوي ـ ظاهرٌ[3] ، (**أو**) كان (**لا يتمكَّن منه ؛ لكثرته**) فيوكِّل فيما

---

(١) سورة النساء : (٣٥) .

(٢) في الأصل : (وقضية) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/ ٢٧٠) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٩٣) .

(٣) كافي المحتاج (ق ٣/ ٢٦٠) مخطوط .

زاد على الممكن ، دون الممكن ؛ للضرورة في الأوَّل دون الثاني ، فلا يصح التوكيل فيه إلا لعياله ؛ كما اقتضاه كلام [الجُوري][١]

* * *

ولا يوكل الوكيل فيما ذُكِر عن نفسه ، بل عن موكِّله ؛ فإذا وكَّل بإذنٍ . . فالثاني وكيل الموكِّل ، فلا يعزله الوكيل وإن فسق ؛ لأن الموكِّل أذن له في التوكيل لا في العزل ، سواء أقال : (وكِّل عنِّي) ، أو أطلق ، بخلاف ما لو أطلق الإمام أو القاضي لنائبه ؛ بأن قال له : (استنب) ، فاستناب . . فإنه نائبٌ عنه ، لا عن منيبه .

وفرق : بأن القاضي ناظرٌ في حقِّ غير المَوْلِيِّ ؛ كما قاله الماوردي[٢] ، والوكيل ناظرٌ في حقِّ الموكِّل .

فإن قال : (وكِّل عنك) ، ففعل . . فالثاني وكيل الوكيل ؛ لأنه مقتضى الإذن ، فينعزل بعزلٍ من أحد الثلاثة ، وانعزالٍ بما ينعزل به / الوكيل . ٤١٧/ب

* *

وحيث جاز للوكيل أن يوكِّل . . فيجب أن يوكِّل أميناً ؛ رعايةً لمصلحة الموكِّل ، إلا أن يعيِّن الموكِّلُ المالكُ غيرَ أمينٍ . . فيتبع تعيينه ؛ لأن الحقَّ له .

---

(١) انظر « كافي المحتاج » (ق ٣/٢٦٠) مخطوط ، وفي الأصل : (الجوزي) ، والتصويب من « كافي المحتاج » ، وذلك وفاقاً لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري رحمه الله تعالىٰ في « فتح الوهاب » (١/٢٢١) ، ووافقه ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالىٰ في « تحفة المحتاج » (٥/٥٣٨) ، خلافاً للشمس الرملي رحمه الله تعالىٰ في « نهاية المحتاج » (٥/٢٤) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٠/٤٠٦) .

نعم ؛ لو علم الوكيل فسق المعيَّن دون الموكِّل . . **فالظاهر** ـ كما قال الإسنوي ـ : امتناع توكيله[1] ؛ كما لو وكَّله في شراء معيَّن فاطَّلع علىٰ عيبه دون الموكِّل .

ولو نصَّ له على الثمن وعلى المشتري . . ففي صحَّة توكيل الفاسق احتمالان ، قاله في « المطلب »[2] ، **والظاهر منهما** : عدم الصحَّة .

ولو عيَّن له فاسقاً فزاد فسقه . . فينبغي ـ كما قال الزركشي ـ أنه يمتنع توكيله ؛ كنظيره فيما لو زاد فسق عدل الرهن[3]

* * *

ومقتضىٰ تعبيرهم بالتَّعيين : أنه إذا عمَّم فقال : (وكِّل من شئت) . . لا يجوز توكيل غير أمينٍ[4]

وقضية ما في (النكاح) من أن المرأة إذا قالت لوليِّها : (زوِّجني ممَّن شئت) . . جاز تزويجها من الأكفاء وغيرهم : أنه يجوز هنا أيضاً ، بل أَولىٰ ؛ لأنه ثَمَّ يصح ولا خيار لها ، وهنا يستدرك ؛ لأنه إذا وكَّل الفاسق فباع بدون ثمن المثل . . لا يصح ، أو اشترىٰ معيباً . . ثبت الخيار .

وفرق : بأن المقصود بالتوكيل في التصرُّف في الأموال حفظُها وتحصيلها ،

---

(١) كافي المحتاج (ق ٣/٢٦١) مخطوط .

(٢) المطلب العالي (ق ١٠/٢٧٣) مخطوط .

(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٧١) .

(٤) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٩٤) : (وهو كذلك) .

وَإِنْ وَكَّلَ ٱثْنَيْنِ . . لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِٱلتَّصَرُّفِ ، إِلَّا أَنْ يَجْعَلَ ٱلْمُوَكِّلُ ذَٰلِكَ إِلَيْهِ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي ٱلْبَيْعِ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ ، وَقِيلَ : إِنْ نَصَّ لَهُ عَلَىٰ ذَٰلِكَ . . جَازَ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ .

وتحصيل مقاصد الموكِّل فيها ، وهٰذا ينافيه توكيل الفاسق ، بخلاف الكفاءة ؛ فإنها صفة كمالٍ ، وقد تسامح المرأة بتركها لحاجة القوت أو غيره ، وقد يكون غير الكفء أصلح لها ، **والظاهر** : أن الموكِّل إنَّما قصد التوسعة عليه بشرط النظر له بالمصلحة .

وليس قول الموكِّل لوكيله في شيءٍ : (افعل فيه ما شئت) ، أو (كلُّ ما تصنع فيه جائزٌ) إذناً في التوكيل ؛ لأنه يحتمل : (ما شئت من التوكيل) ، و(ما شئت من التصرُّف) فيما أذن له فيه ، فلا يُوكِّل بأمرٍ محتملٍ ؛ كما لا يهب .

❊

(**وإن وكَّل اثنين . . لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرُّف**) لأنه إنَّما رضي باجتهادهما معاً (**إلا أن يجعل الموكِّل ذٰلك إليه**) لرضاه بذٰلك .

❊

(**وإن وكَّله في البيع . . لم يجز أن يبيع من نفسه**) للتهمة .

(**وقيل : إن نصَّ له علىٰ ذٰلك . . جاز**) لانتفاء التهمة (**وليس بشيءٍ**) لاتحاد القابض والمقبض ، ولا يبيع من موليه ؛ كولده الصغير أو المجنون للتهمة ، ولو وكَّله في هبةٍ أو تزويجٍ أو استيفاء حدٍّ أو قصاصٍ أو دَينٍ من نفسه . . لم يصح .

وَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ مِنِ ٱبْنِهِ وَمُكَاتَبِهِ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَإِنْ وَكَّلَ عَبْداً لِغَيْرِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ لَهُ مِنْ مَوْلَاهُ . . فَقَدْ قِيلَ : يَجُوزُ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . . . . . .

ولو وكَّله في طرفي نكاحٍ أو بيعٍ أو خصومةٍ . . لم يجز له أن يأتي بهما ، وله اختيار طرفٍ منهما ، ويصح توكيله في إبراء نفسه وإعتاقها ، والعفو عنها من القصاص وحدِّ القذف .

* * *

(**ويجوز أن يبيع**) به (**من ابنه**) البالغ العاقل وسائر أصوله وفروعه المستقلِّين (**ومكاتبه**) وزوجه ؛ لانتفاء التهمة ؛ كما يجوز أن يبيع من صديقه ، بخلاف ما لو فوَّض إليه الإمام أن يولِّي القضاء من شاء . . لا يجوز له تفويضه إلىٰ أصوله ولا فروعه ؛ لأن لنا هنا مردّاً ظاهراً ؛ وهو ثمن المثل ، ولأن فيه تزكيةً لأصوله وفروعه ، بخلاف الوكالة .

(**وقيل : لا يجوز**) لاحتمال المحاباة .

* * *

(**وإن وكَّل عبداً لغيره في شراء نفسه له**) [أو] مالاً [1] آخر (**من مولاه** . . / **فقد قيل**) وهو الأصح : (**يجوز**) كما لو وكَّله في شراء شيءٍ من غير مولاه بإذنه . 1/418

(**وقيل : لا يجوز**) لأن يده كيد سيده فكذا قَبوله ، فيصير السيد كأنه أوجب وقَبِل ، وذٰلك لا يصح .

وعلى الأول : يلزم العبدَ أن يصرِّح باسم الموكِّل ؛ بأن يقول : (اشتريت

(1) في الأصل : (ومالاً) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (2/265) .

وَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَ بِدُونِ ثَمَنِ ٱلْمِثْلِ . . . .

نفسي أو كذا منك لموكِّلي فلان) كما يلزم الوكيلَ عن الرقيق في أن يشتريه من سيِّده . . أن يصرِّح باسمه ؛ بأن يقول : (اشتريت عبدك منك له) فإن لم يقع التصريح بالاسم فيهما . . وقع عقد الرقيق له ؛ لاقتضاء العقد حينئذٍ العتقَ ، فلا يندفع بمجرد النية ، ووقع عقد الوكيل له ؛ لأن البائع قد [لا] يرضىٰ بعقدٍ يتضمَّن الإعتاق قبل [توفية][1] الثمن .

وصوَّر القفَّال المسألة الأولىٰ : بأن يوكِّله بإذن سيِّده[2] ، وقال البغوي : (لا يحتاج إلىٰ إذنه قبل الشراء ؛ لأن بيعه منه لنفسه إذنٌ له في الشراء)[3] ، وهـٰذا هو الظاهر .

* * *

ولو قال : (أسلم لي في كذا) ، أو : (أدِّ رأسَ المال من مالك وارجع عليَّ به) ، ففعل . . لم يصح ؛ لأن الإقراض إنَّما يتمُّ بالإقباض ، ولم يُوجَد من المستقرض قبضٌ .

واستُشكِل بما لو قال : (اشترِ لي عبدَ فلانٍ بثوبك هـٰذا) . . فإنه يصح .

وأُجيب : بأن رأس مال السَّلَم ؛ كدَينه لا يصح الاستبدال عنه .

[ما لا يجوز فعله للوكيل بالبيع مطلقاً]

(**ولا يجوز للوكيل**) بالبيع مطلقاً (**أن يبيع بدون ثمن المثل**) لأنه

---

(١) في الأصل : (توفير) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٣/٥٢٧) .
(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٨١) .
(٣) التهذيب (٣/٥٥٥) .

وَلَا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ ، وَلَا بِغَيْرِ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ . . . .

خلاف الحظِّ والمصلحة ، ولا يضرُّ ما يُتغابَن به في العرف ؛ كبيع ما يساوي عشرةً بتسعةٍ ، لا بثمانيةٍ ، ويختلف العرف باختلاف الأعيان من الأموال ، فلا تُعتبَر النسبة في المثال المذكور ، ولهٰذا قال ابن أبي الدم : (العشرة إن سُومح بها في المئة . . فلا يُسامَح بالمئة في الألف ، ولا بالألف في عشرة آلاف)(١)

* * *

ولا يصح بيع الوكيل بثمن المثل إن وُجِد راغبٌ بزيادةٍ لا يُتغابن بمثلها ؛ لأن الوكيل مأمورٌ بالمصلحة ، ولو باع بثمن المثل فوُجِد راغبٌ بالزيادة المذكورة ؛ فإن كان بعد لزوم العقد . . فلا أثر له ، وإن كان قبله . . لزمه الفسخ والبيع بالزيادة ، فإن لم يفعل . . انفسخ ، وما ذُكِر ـ كما قال الأذرعي ـ ظاهرٌ إذا لم يكن الراغب مماطلاً ، ولا متجوِّهاً(٢) ، ولا ماله أو كسبه حرامٌ(٣) ، (ولا بثمنٍ مؤجَّلٍ) لأن مقتضى الإطلاق الحلول ، (ولا بغير نقد البلد) أي : بلد البيع ؛ كما يُؤخَذ من كلام الماوردي(٤) ، لا بلد التوكيل .

نعم ؛ إن سافر بما وُكِّل فيه إلىٰ بلدٍ بغير إذنٍ وباع فيها . . اعتُبِر نقد بلدٍ حقُّه أن يبيع فيها .

فإن كان بالبلد نقدان . . فالبيع بأغلبهما ، ثم بأنفعهما للموكِّل ،

---

(١) أدب القضاء (٢/٣٧٥) .

(٢) المتجوِّه : متكلِّف الجاه .

(٣) التوسط والفتح (ق ٥/٢٣٥) مخطوط .

(٤) الحاوي الكبير (٨/٢٣٥) .

إِلَّا أَنْ يَنُصَّ لَهُ عَلَىٰ ذَٰلِكَ كُلِّهِ . . . .

ثم يتخيَّر ، فإن باع بهما معاً في حال التخيير . . جاز ؛ كما قاله الإمام والغزالي (١) ، وإن كان في عقدٍ واحدٍ .

* * *

فإن خالف شيئاً ممَّا ذُكِر . . ضمن المبيع بعد قبض المشتري له ؛ لتعدِّيه بالإقباض ، فيستردُّه إن بقي ، وإلا . . غرَّم الموكِّلُ مَن شاء من الوكيل والمشتري قيمتَه يوم التسليم ولو كان مثلياً ؛ كما ذكره الرافعي (٢) ، وجرىٰ عليه شيخنا شيخ الإسلام زكريا في « شرح منهجه » (٣) ، خلافاً لِمَا جرىٰ عليه في « شرح الروض » من التفصيل / بين المثلي والمتقوِّم (٤) ، والقرار على المشتري . ٤١٨/ب

* * *

وإذا استردَّه . . فله بيعه بالإذن السابق ، بخلاف ما لو رُدَّ عليه بعيبٍ ، أو فسخ البيع المشروط فيه الخيارُ للمشتري وحده . . لا يبيعه ثانياً بالإذن السابق ؛ لخروجه عن ملكه ، فيكون عزلاً له في ذٰلك ، فلا بدَّ من إذنٍ جديدٍ ، (**إلا أن ينصَّ له علىٰ ذٰلك كله**) فيجوز ؛ لرضاه به ، فإن وكَّله ليبيع مؤجَّلاً ، وقدَّر الأجل . . فذاك ظاهرٌ ، وإن أطلق الأجل . . صحَّ أيضاً وحُمِل على المتعارف في المبيع بين الناسِ ، فإن لم يكن عرفٌ . . [راعى] (٥) الوكيل الأنفع للموكِّل ، ويُشترَط الإشهاد .

---

(١) نهاية المطلب (٤٣/٧) ، البسيط (ق ١٨٩/٣) مخطوط .
(٢) الشرح الصغير (ق ١٦٧/٣) مخطوط .
(٣) فتح الوهاب (٢٢٠/١) .
(٤) أسنى المطالب (٢٦٨/٢) .
(٥) في الأصل : (راعَ) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (٢٢٠/١) .

وحيث قدَّر الأجل . . اتَّبع الوكيل ما قدَّره الموكِّل ، فإن باع بحالٍّ أو نقص عن الأجل ؛ كأن باع إلىٰ شهرٍ ما قال الموكِّل : (بعه إلىٰ شهرين) . . صحَّ البيع إن لم ينهه الموكِّل ، ولم يكن فيه عليه ضررٌ ؛ كنقص ثمنٍ ، أو خوفٍ ، أو مؤنة حفظٍ ، قال الإسنوي : (وينبغي حمله علىٰ ما إذا لم يعيِّن المشتري ، وإلا فلا يصح ؛ لظهور قصد المحاباة)[1] ؛ كما يُؤخَذ ممَّا يأتي في تقدير الثمن .

* * *

ولو قال لوكيله : (بع بكم شئت) . . فهو إذنٌ له في الغبن الفاحش ، فله أن يبيع به ، ولا يبيع بالنسيئة ، ولا بغير نقد البلد ، أو : (بع بما شئت أو بما تيسَّر) كما قاله القاضي أبو الطيب[2] . . فهو إذنٌ في العرض ، فله أن يبيع به ، لا بالغبن الفاحش ولا بالنسيئة ، أو : (بع كيف شئت) . . فهو إذنٌ في النسيئة ، فله أن يبيع بها ، لا بالغبن الفاحش ، ولا بغير نقد البلد ، أو : (بع بما عزَّ وهان) . . فهو إذنٌ في الغبن الفاحش و[العرض][3] ، فيبيع بهما ، لا بالنسيئة ؛ وذٰلك لأن (كم) للعدد فشمل القليل والكثير ، و(ما) للجنس فشمل النقد والعرض ، لٰكنه في الأخيرة لـمَّا قرن بـ (عزَّ وهان) . . شمل عرفاً القليل والكثير أيضاً ، و(كيف) للحال فشمل الحالَّ والمؤجَّل ، أو : (بع بما ترىٰ) ، أو : (تصرَّف بما ترىٰ) . . وجب مراعاة

---

(١) المهمات (٥/٥٤٣) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٦٨) .

(٣) في الأصل : (الغرض) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٦٨) .

وَإِنْ قَالَ : (بِعْ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ) ، فَبَاعَ بِأَلْفِ دِينَارٍ . . لَمْ يَصِحَّ . وَإِنْ قَالَ : (بِعْ بِأَلْفٍ) ، فَبَاعَ بِأَلْفَيْنِ . . صَحَّ ، إِلَّا أَنْ يَنْهَاهُ . . . .

النظر ، فلا يبيع بما يتغابن به ؛ كما قاله الروياني (١)

* * *

(وإن قال : بع بألف درهمٍ ، فباع بألف دينارٍ . . لم يصح) البيع ؛ إذ المأتي به ليس مأموراً به ، ولا مشتملاً عليه ، (وإن قال : بع بألفٍ ، فباع بألفين . . صحَّ) لأنه حصل غرضه وزاد خيراً ، ولا مانع ، بل إن كان ثَمَّ راغبٌ بزيادةٍ . . لم يجز البيع بدونها ؛ كما مرَّ (٢) (إلا أن ينهاه) عن الزيادة ، أو يُعيِّن له مُشترِياً ؛ كأن قال : (بعه لزيدٍ بألفٍ) . . فيجب الاقتصار عليه ؛ لمنع المالك من الزيادة في الأولىٰ ، ولأنه ربَّما قصد إرفاق المعيَّن في الثانية ، بخلاف ما لو وكَّله في الخلع بألفٍ . . فيجوز للوكيل أن يزيد عليه ؛ لأن الخلع يقع غالباً عن شقاقٍ ، وذٰلك قرينةٌ دالَّةٌ علىٰ عدم قصد المحاباة ، وبخلاف ما لو قال : (اشتر لي عبد فلانٍ بألفٍ) . . فله أن يشتريه بأقل ؛ كما سيأتي (٣) ؛ لأن البيع لمَّا كان ممكناً من المعيَّن وغيره . . كان تعيينه ظاهراً في قصد [إرفاقه] (٤) ،
1/419 وشراءُ المعيَّن لمَّا لم يمكن من غير المذكور . . ضعف احتمال / ذٰلك القصد ، وظهر قصد التعريف .

---

(١) بحر المذهب (٨/١٣١) .

(٢) انظر ما تقدم قريباً (٥/٤٨) .

(٣) انظر ما سيأتي قريباً (٥/٥٣) .

(٤) في الأصل : (إرقاقه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٢٥١) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٩٦) .

وَإِنْ قَالَ : (بِعْ بِأَلْفٍ) ، فَبَاعَ بِأَلْفٍ وَثَوْبٍ . . فَقَدْ قِيلَ : يَجُوزُ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَإِنْ قَالَ : (بِعْ بِأَلْفٍ مُؤَجَّلٍ) ، فَبَاعَ بِأَلْفٍ حَالٍّ . . جَازَ ، إِلَّا أَنْ يَنْهَاهُ ،

ولو قال : (بع بمئةٍ ، لا بمئةٍ وخمسين) . . لم يجز النقص عن المئة ولا استكمال المئة والخمسين ، ولا الزيادة عليهما ، ويجوز ما عدا ذٰلك ، ولو قال : (اشتر بمئةٍ لا بخمسين) . . جاز الشراء بالمئة ، وبما بينها وبين خمسين ، لا بخمسين ولا بدونهما ، ولا بأكثر منهما .

* * *

(**وإن قال : بع بألفٍ**) من الدراهم مثلاً ولم يُعيِّن من يبيع منه (**فباع بألفٍ وثوبٍ**) أو ودينارٍ . . (**فقد قيل**) وهو الأصح : (**يجوز**) لأنه حصل غرضه وزاد خيراً .

(**وقيل : لا يجوز**) لأنه ما أذن له أن يبيع إلا بالدراهم .

* * *

(**وإن قال : بع بألفٍ مؤجَّلٍ**) وبيَّن له قدر الأجل ، أو حملناه على المعتاد ؛ كما مرَّ[١] ، (**فباع بألفٍ حالٍّ**) أو بأجلٍ دون [المقدَّر][٢] لفظاً أو عادةً بقيمة المؤجَّل بالأجل المقدَّر . . (**جاز**) لأنه زاد خيراً ، وينبغي ـ كما قال ابن الرفعة ـ حمله على ما إذا لم يُعيِّن المشتري[٣] ، وإلا . . فلا يصح ؛ لظهور قصد المحاباة ؛ كما يُؤخَذ ممَّا مرَّ في تقدير الثمن ، (**إلا أن ينهاه**) فلا يجوز

---

(١) انظر ما تقدم قريباً (٥/٤٩) .

(٢) في الأصل : (المقدار) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٧٣) .

(٣) كفاية النبيه (١٠/٢٥٠) .

أَوْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مِمَّا يَسْتَضِرُّ بِحِفْظِهِ فِي ٱلْحَالِ . وَإِنْ قَالَ لَهُ : (ٱشْتَرِ بِأَلْفٍ حَالٍّ) ، فَٱشْتَرَىٰ بِأَلْفٍ مُؤَجَّلٍ . . جَازَ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَإِنْ قَالَ : (ٱشْتَرِ عَبْداً بِمِئَةٍ) ، فَٱشْتَرَىٰ عَبْداً يُسَاوِي مِئَةً بِمَا دُونَ ٱلْمِئَةِ . . جَازَ ، وَإِنْ قَالَ : (ٱشْتَرِ عَبْداً بِمِئَةٍ) ، فَٱشْتَرَىٰ عَبْداً بِمِئَتَيْنِ وَهُوَ يُسَاوِي مِئَتَيْنِ . . لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفاً وَقَالَ : (ٱبْتَعْ بِعَيْنِهَا عَبْداً) ، فَٱبْتَاعَ فِي ذِمَّتِهِ . . . .

لنهيه ، (**أو كان الثمن ممَّا يستضر بحفظه في الحال**) كأن كان وقت نهبٍ ، أو كان لحفظه مؤنةٌ ، أو باعه بأقل من قيمة المؤجَّل بالمقدَّر . . فلا يجوز ؛ لِمَا فيه من الضرر .

* *

(**وإن قال له : اشترِ**) لي شيئاً عيَّنه له (**بألفٍ حالّ ، فاشترىٰ بألفٍ مؤجَّلٍ**) بقيمته حالّاً . . (**جاز**) إن لم يكن للموكِّل غرضٌ ولم ينهه عن ذٰلك ؛ لأنه زاد خيراً ، أما إذا اشترىٰ بقيمته مؤجَّلاً ، أو كان للموكِّل غرضٌ في ذٰلك ، أو نهاه عن ذٰلك . . فلا يجوز ؛ لأن الثمن أكثر ممَّا أمره به في الأولىٰ ، ولتضرُّره في الثانية ، ولنهيه في الثالثة .

(**وقيل : لا يجوز**) لأنه قد يهلك المال ويبقى الدَّين في ذمَّته .

*

(**وإن قال : اشترِ**) لي (**عبداً بمئةٍ ، فاشترىٰ عبداً يساوي مئةً بما دون المئة . . جاز**) لأنه زاد خيراً ، (**وإن قال : اشترِ**) لي (**عبداً بمئةٍ ، فاشترىٰ**) له (**عبداً بمئتين وهو يساوي مئتين . . لم يجز**) لمخالفته الإذن .

(**وإن دفع إليه ألفاً وقال : ابتع بعينها عبداً**) مثلاً (**فابتاع في ذمَّته**) لينقُد

لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ قَالَ : (ٱبْتَعْ فِي ذِمَّتِكَ وَٱنْقُدِ ٱلْأَلْفَ فِيهِ) ، فَٱبْتَاعَ بِعَيْنِهَا . . فَقَدْ قِيلَ : يَصِحُّ ، وَقَدْ قِيلَ : لَا يَصِحُّ . . . .

الألف في الثمن . . (**لم يصح**) الشراء للموكِّل ؛ لأنَّه أمره بعقدٍ ينفسخ بتلف العين ؛ حتىٰ لا يطالب الموكل بغيره ، فأتىٰ بما لا ينفسخ بتلفه ؛ فيطالب بغيره ، بل يقع للوكيل وإن صرَّح بالسفارة .

وخرج بـ (**عينها**) : ما لو قال له : (اشتر بهٰذه ، أو بها) أو نحوه . . فيقع الشراء فيما ذُكِر لموكِّله ؛ كما اقتضاه كلامهم في الكلام علىٰ ما إذا دفع إليه ديناراً وقال : (اشترِ به شاةً) . . فإنه يتخيَّر بين الشراءِ بعينه ، والشراء في الذِّمَّة ، لٰكن جزم الشيخ أبو علي الطبري والإمام بأنه لا فرق [١] ، والأول أوجَهُ [٢] .

* * *

(**وإن قال : ابتع في ذمَّتك وانقد الألف فيه**) عن الثمن (**فابتاع بعينها . . فقد قيل : يصح**) للموكِّل ؛ لأنه أقلُّ غرراً ؛ فقد زاده خيراً (**[وقد]** [٣] **قيل**) وهو الأصح : (**لا يصح**) للموكِّل ؛ لأنه ربَّما يريد تحصيل المُوكَّل فيه وإن تلف المعيَّن ، ولا للوكيل أيضاً ؛ لشرائه بعين مال الموكِّل .

* * *

(١) نهاية المطلب (٧/٤٧ ـ ٤٨) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٢٧٤) .

(٢) اعتمده كذٰلك في « مغني المحتاج » (٢/٢٩٦ ـ ٢٩٧) قال : (ولو قال : اشتر بهٰذا . . تخيَّر أيضاً على المعتمد وإن خالف في ذٰلك الإمام والشيخ أبو علي الطبري وقالا : يتعيَّن الشراء بعينه) .

(٣) في الأصل : (فقد) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَإِنْ قَالَ : (بِعْ بَيْعاً فَاسِداً) ، فَبَاعَ فَاسِداً أَوْ صَحِيحاً . . لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ قَالَ : (ٱشْتَرِ بِهَـٰذَا ٱلدِّينَارِ شَاةً) ، فَٱشْتَرَىٰ . . . .

(**وإن قال**) لوكيله : (**بع**) أو اشترِ لي (**بيعاً**) أو شراءً (**فاسداً**) . . فهو إذنٌ غير مُعتبَرٍ ، فإن عمل به (**فباع**) أو اشترىٰ (**فاسداً أو صحيحاً . . لم يجز**) / ولم يصح ذٰلك ، أما الصحيح . . فلعدم الإذن فيه ، وأما الفاسد . . فلمنع الشرع منه . ٤١٩/ب

* * *

فإن قيل : إذا فسدت الوكالة وتصرَّف الوكيل . . صحَّ تصرُّفه ، فلِمَ لا صحَّ هنا ؟!

أُجيب : بأنه في الوكالة الفاسدة لم ينهه عن الشراء الصحيح ، وهنا نهاه عنه ضمناً .

* *

وإن وكَّله في الخلع أو الصلح عن الدم علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ أو نحوهما ، ففعل . . حصل الخلع أو العفو ، وفسد العوض ، فيستحقُّ الموكِّل بدلَ البضع ؛ وهو مهر المثل ، وبدلَ الدم ؛ وهو الدِّية ، كما لو فعله الموكِّل بنفسه ؛ لأنه وإن كان فاسداً بالنسبة إلى العوض . . صحيحٌ فيما يتعلَّق بالقصاص والخلع ، فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه . . صحَّ ، لا أنَّا نصحِّح التوكيل في العقد الفاسد ، فلو خالف موكِّله ؛ كأن وكَّله في ذٰلك علىٰ خمرٍ فعقد علىٰ خنزيرٍ أو مالٍ . . لم يصح ؛ للمخالفة ، فتبقى الزوجية والقصاص كما كانا .

* * *

(**وإن قال : اشترِ**) لي (**بهـٰذا الدينار شاةً**) ووصفها بصفةٍ ، (**فاشترىٰ**

بِهِ شَاتَيْنِ تُسَاوِي كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا دِينَاراً . . كَانَ ٱلْجَمِيعُ لَهُ ، وَقِيلَ : لِلْوَكِيلِ شَاةٌ بِنِصْفِ دِينَارٍ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ عَبْدٍ ، أَوْ شِرَاءِ عَبْدٍ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَعْقِدَ عَلَىٰ بَعْضِهِ . . . .

به شاتَينِ) بتلك الصفة ؛ فإن لم تساوِ واحدةٌ منهما ديناراً . . لم يصح الشراء للموكِّل وإن زادت قيمتهما على الدينار ؛ لفوات ما وكَّل فيه ، فإن كانت **(تساوي كل واحدةٍ منهما ديناراً)** أو أكثر . . صحَّ الشراء ، و**(كان الجميع له)** أي : للموكِّل ؛ لأنه حصل غرضه وزاد خيراً ، وليس للوكيل بيع إحداهما .

(وقيل : للوكيل شاةٌ بنصف دينارٍ) إن اشترىٰ في الذِّمَّة ، وللموكِّل شاةٌ بنصف دينارٍ ، ويردُّ الوكيل عليه نصف دينارٍ .

أما إذا اشترىٰ بعين الدينار علىٰ هـٰذا القول . . فقد اشترىٰ شاةً بإذنٍ وشاةً بلا إذنٍ ، فيبطل في شاةٍ ؛ ويصح في شاةٍ ؛ بناءً علىٰ تفريق الصفقة .

ولو ساوت إحداهما ديناراً والأخرىٰ بعضَه . . فكما لو ساوت كل واحدةٍ ديناراً ، فإن لم يصف الشاة . . لم يصح التوكيل .

* * *

(وإن وكَّله في بيع عبدٍ أو شراء عبدٍ . . لم يجز أن يعقد علىٰ بعضه) لضرر الشركة .

نعم ؛ لو باع النصف بقيمة الكل . . صحَّ قطعاً ، إلا أن يكون عيَّن من يبيع منه .

ولو وكَّله في بيع عشرة أعبدٍ مثلاً بثمنٍ معيَّنٍ ، فباع تسعةً بأقل من الثمن المعيَّن بخمسة دراهم مثلاً . . لم يجز ؛ لأنَّ من الجائز ألَّا يُوجَد راغبٌ في

وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئاً مَوْصُوفاً . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْتَرِيَهُ مَعِيباً ؛ فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِٱلْعَيْبِ ثُمَّ عَلِمَ . . رَدَّهُ . . . .

الباقي [بخمسة دراهم][(١)] ، فإن باع البعض بالثمن المنصوص عليه . . صحَّ ، وهل [يبيع][(٢)] الباقي ؟ وجهان ؛ **أوجهُهما** : الجواز .

* * *

(**وإن أمره أن يشتري شيئاً موصوفاً**) أو معيَّناً ؛ كما يقتضيه كلام الشيخين[(٣)] . . (**لم يجز أن يشتريه معيباً**) لاقتضاء الإطلاق عرفاً السليمَ ، (**فإن**) اشتراه في الذِّمَّة وإن لم يساوِ مع العيب ما اشتراه به . . وقع الشراء عن الموكِّل إن (**لم يعلم**) الوكيل (**بالعيب**) لأنه لا خلل من جهة اللفظ لإطلاقه ، ولا تقصير من جهة الوكيل لجهله ، ولا ضرر على المالك لتخيُّره .

نعم ؛ لو نصَّ له على السليم . . **فيتَّجه** ـ كما قال الإسنوي ـ : أنه لا يقع عنه[(٤)] ، أما إذا علمه . . فلا يقع عن الموكِّل ؛ نظراً للعرف .

* * *

٤٢٠/أ وإذا وقع الشراء في صورة الجهل (**ثم علم**) الوكيل[(٥)] /بالعيب . . (**ردَّه**) أي : فيما إذا أمره أن يشتري شيئاً موصوفاً ، أما المعيَّن . . فسيأتي الكلام فيه ، وللموكِّل ردُّه أيضاً ؛ أما الموكِّل . . فلأنه المالك ، والضرر لاحقٌ به ،

(١) في الأصل : (بخمس درهم) ، والتصويب من سياق العبارة .
(٢) في الأصل : (بيع) ، والتصويب من سياق العبارة .
(٣) الشرح الكبير (٥/٢٣١) ، روضة الطالبين (٣/٥٠٦) .
(٤) كافي المحتاج (ق٣/٢٦٠) مخطوط .
(٥) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَٱشْتَرَاهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْباً . . فَٱلْمَنْصُوصُ : أَنَّهُ يَـرُدُّهُ . . . .

وأمَّا الوكيل . . فلأنه نائبه في العقد ، ولأنَّا لو لم نجوِّزه له . . فقد لا يرضىٰ به الموكِّل ، فيتعذَّر الردُّ ؛ لكونه فورياً ، ويبقىٰ للوكيل فيتضرَّر به ، فإن رضي الموكِّل به ـ قال ابن المقري : (أو قصَّر في الـردِّ)[1] ـ . . فليس للوكيل الـردُّ ، بخلاف العكس[2] ؛ فللموكِّل الردُّ في صورتَيهِ إن سمَّاه الوكيل في الشراء ، أو نواه وصدَّقه البائع ، وإلا . . وقع الشراء للوكيل ، ويقع الشراء في [صورتَي][3] العلم للوكيل أيضاً .

والعيب الطارئ قبل القبض . . كالمقارن في جواز الـردِّ ؛ كما نقله في « الكفاية » عن مقتضىٰ كلام القاضي أبي الطيب[4] .

❊ ❊ ❊

وإن اشترىٰ بعين مال الموكِّل ؛ فحيث قلنا هناك : لا يقع عنه . . لا يصح هنا ، وحيث قلنا هناك : يقع عنه . . فكذا هنا ، وليس للوكيل هنا الردُّ .

(وإن وكَّله في شراء شيءٍ بعينه فاشتراه ، ثم وجد به عيباً . . فالمنصوص : أنه يردُّه)[5] ؛ لِمَا ذكرناه .

---

(١) روض الطالب (١/٣٦١) .

(٢) أي : إذا رضي الوكيل به أو قصَّر في الردِّ .

(٣) في الأصل : (صورة) ، والتصويب من « كنز الراغبين » (٢/٥١٠) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٩٢) .

(٤) كفاية النبيه (١٠/٢٧٣) .

(٥) انظر « مختصر المزني » (٨/٢١٠) .

وَقِيلَ : لَا يَرُدُّ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي ٱلْبَيْعِ مِنْ زَيْدٍ ، فَبَاعَ مِنْ عَمْرٍو . . لَمْ يَجُزْ .

(**وقيل : لا يردُّ**) لأن الموكِّل قطع اجتهاده بتعيينه .

قال في « الكافي » : (**ومحلُّ الخلاف** : إذا لم يُعيِّن له الثمن ، فإن عيَّنه . . فلا ردَّ له قطعاً)[١]

ولو قال البائع للوكيل حيث ثبت له الردُّ : (أخِّرِ الردَّ حتىٰ يحضر الموكِّل) . . لم يلزمه ، فإن فعل . . فقد قصَّر ، فلا ردَّ له ، وللموكِّل الردُّ ، فإن ادَّعى البائع رضا الموكِّل بالعيب واحتُمل ، فحلف الوكيل علىٰ نفي العلم . . ردَّ ، فلو حضر الموكِّل [وصدَّق][٢] البائع . . فله استرداده ، وإن نكل الوكيل . . لم يرد ؛ لتقصيره بالنكول ، ثم إن حضر الموكِّل وصدَّق البائع . . فذاك ، أو كذَّبه . . وقع الشراء للموكِّل وله الردُّ ، خلافاً للبغوي[٣] ، نبَّه عليه في « أصل الروضة »[٤]

❊

(**وإن وكَّله في البيع من زيدٍ ، فباع من عمرٍو . . لم يجز**) ولم يصح ؛ لأنه قد يقصد تخصيص زيدٍ بتلك السلعة ، وربَّما كان ماله أبعد عن الشبهة .

نعم ؛ إن دلَّت قرينةٌ علىٰ إرادة الربح ، وأنه لا غرض له في التعيين إلا ذاك . . **فالمتَّجه** ـ كما قاله الزركشي ـ : جواز البيع من غير المعيَّن[٥] ، فلو

---

(١) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/٩٩) مخطوط .

(٢) في الأصل : (وصدقه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٧٠) .

(٣) التهذيب (٤/٢٢٣) .

(٤) روضة الطالبين (٣/٥٠٧) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥/٢٣٤) .

(٥) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٧١) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي ٱلْبَيْعِ فِي سُوقٍ ، فَبَاعَ فِي غَيْرِهِ . . جَازَ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ .

باع لوكيل زيدٍ . . لم يصح ، بخلاف نظيره في النكاح ، فيصح ؛ لأنه لا يقبل نقل الملك ، والبيع يقبله ، **وقياسه** : عدم الصحَّة فيما لو قال : (بع من وكيل زيدٍ) ، فباع من زيدٍ .

ولو قال : (اشتر لي عبد فلان) ، وكان فلانٌ قد باعه . . فللوكيل شراؤه من المشتري ؛ كما قاله البغوي في « فتاويه »[(١)]

* * *

(وإن وكَّله في البيع في سوقٍ ، فباع في غيره) ولا تفاوت بينهما . . **(جاز)** لاتفاق الغرض فيهما .

(وقيل) وهو **الأصح** : **(لا يجوز)**[(٢)] ؛ لاحتمال أن يكون الراغبون فيه أكثر ، أو النقد فيه أجود .

ومحلُّ الخلاف : إذا لم يقدِّر الثمن ؛ فإن قدَّره . . لم يتعيَّنِ المكان إلا إن نهاه عن غيره ، فإن خالف ونقل . . ضمن الثمن والمُثْمَن .

* * *

ولو عيَّن له زماناً ؛ كيوم الجمعة . . تعيَّن ، فلو باع قبله أو بعده . . لم يصح ، قال الإسنوي : (**والمتَّجه** : انحصار يوم الجمعة في الذي يليه)[(٣)] ، / ٤٢٠/ب

---

(١) فتاوى البغوي (ص ١٩١) .

(٢) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٩٥) : (وتعيينه إذا لم يكن للموكل غرض ظاهر هو المعتمد ؛ كما رجَّحه الشيخان) .

(٣) كافي المحتاج (ق ٣/٢٦١) مخطوط .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي ٱلْبَيْعِ . . سَلَّمَ ٱلْمَبِيعَ وَلَمْ يَقْبِضِ ٱلثَّمَنَ ، وَقِيلَ : يَقْبِضُ .

وحكم الطلاق والعتق إذا [قُيِّدا] [1] بيومٍ . . كذٰلك .

ولو قال : (طلِّق زوجتي) ، ثم طلقها الزوج . . فللوكيل طلاقها أيضاً في العدَّة ؛ كما قاله البغوي في « فتاويه » [2] .

فإن لم يعيِّن له في البيع زماناً ، فباع ليلاً ؛ فإن كان الراغبون فيه مثل النهار . . صحَّ ، وإلَّا . . فلا ، قاله القاضي في « تعليقه » [3] .

❊

(**وإن وكَّله في البيع**) بثمنٍ حالٍّ . . (**سلَّم المبيع ولم يقبض الثمن**) لأنه قد يرضاه للبيع دون القبض .

(**وقيل**) وهو الأصح : (**يقبض**) إن لم ينهه الموكِّل عن قبضه ؛ لأنه من مقتضيات البيع .

وعلىٰ هٰذا : لا يُسلِّم المبيع حتىٰ يقبض الثمن ؛ لِمَا في التسليم قبله من الخطر .

فإن سلَّمه قبل القبض . . ضمن قيمته يوم التسليم ولو كان المبيع مثلياً ـ كما مرَّ [4] ـ وكان الثمن أكثر من القيمة لتقصيره ، فإذا غرم القيمة ثم قبض الثمن . . دفعه إلى الموكِّل ، واستردَّ المغروم .

---

(١) في الأصل : (قيد) ، والتصويب من سياق العبارة .
(٢) فتاوى البغوي (ص ١٩١) .
(٣) انظر « كفاية النبيه » (٢٧٥/١٠) .
(٤) انظر ما تقدم (٤٩/٥) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي تَثْبِيتِ دَيْنٍ ، فَثَبَّتَهُ . . لَمْ يَجُزْ لَهُ قَبْضُهُ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي قَبْضِهِ ، فَجَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ . . فَقَدْ قِيلَ : يُثَبِّتُهُ . . . .

والوكيل في الصرف له القبض والإقباض بلا خلافٍ ؛ لأن ذٰلك شرطٌ في صحَّة العقد .

أما إذا وكَّله بأن يبيع بثمنٍ مؤجَّلٍ . . فليس له قبضُ الثمن وإن باعه بثمنٍ حالٍّ إلا بإذنٍ جديدٍ[١]

* * *

ولو قال له : (امنع المبيع من المشتري) . . فسدت الوكالة ؛ لأن منع الحقِّ عمَّن يستحقُّ إثبات يده عليه . . حرامٌ ، وصحَّ البيع بالإذن .

وإن قال له : (لا تسلِّم المبيع للمشتري) . . لم تفسد الوكالة ؛ لأنه لم يمنعه من أصل التسليم المستحَقِّ ، بل من تسليمه [بنفسه][٢]

* * *

(**وإن وكَّله في تثبيت**) حقٍّ من (**دَينٍ**) أو عينٍ (**فثبَّته . . لم يجز لهُ قبضه**) لأنه غير مأذونٍ فيه لفظاً ولا عرفاً ، (**وإن وكَّله في**[٣] **قبضه فجحد من عليه الحقُّ . . فقد قيل : يثبته**) لأنه يتوصَّل به إلى المقصود ، فاقتضاه الإذن .

---

(١) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « الإقناع » (١/٢٩٨) : (أما الثمن المؤجَّل . . فله تسليم المبيع ، وليس له قبض الثمن إذا حلَّ إلا بإذنٍ جديدٍ) .

(٢) في الأصل : (لنفسه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٦٩) ، و« مغني المحتاج » (٢/٢٩١) .

(٣) في الأصل : (في في) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَقِيلَ : لَا يُثْبِتُهُ . وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ . . لَمْ يَجُزْ . . . .

(**وقيل**) وهو الأصح : (**لا يثبته**) لأنه قد يرضاه لقبضه دون إثباته ؛ لقصور حجَّته .

فلو قال : (بع نصيبي من كذا) ، أو : (قاسم شركائي) ، أو : (خذ بالشفعة) فأنكر الخصم ملكه . . لم يكن له الإثبات .

[ما يُشترَط في الموكَّل فيه]

(**و**) **يُشترَط في الموكَّل فيه** : أن يكون معلوماً من بعض الوجوه ؛ بحيث لا يعظم فيه الغرر ، فلو قال : (وكلتك في بيع أموالي) ، أو : (عتق أرقَّائي) ، أو : (استيفاء ديوني) ، أو : (استرداد ودائعي) ، أو : (مخاصمة خصمائي) أو نحو ذٰلك . . صحَّ وإن جُهِلتِ الأموال والديون ومن هي عليه ؛ كما قاله الرافعي [1] ، والأرقَّاء والودائع ومن هي عنده ، والخصوم وما فيه الخصومة ؛ قياساً علىٰ ماله .

* *

و(**إن وكَّله**) في شيءٍ مجهولٍ ؛ كأن قال : وكَّلتك (**في كل قليلٍ وكثيرٍ**) لي أو : (من أموري) ، أو : (وكَّلتك في كل أموري) ، أو : (فوَّضت إليك كل شيءٍ) ، أو : (بع بعض مالي) . . (**لم يجز**) ولم يصح التوكيل ؛ لعظم الغرر فيه ؛ لأن فيه في ذٰلك غرراً عظيماً لا ضرورة إلى احتماله .

وقضية كلامهم : عدم الصحَّة في نحو : (كل قليلٍ وكثيرٍ) ، وإن كان تابعاً لمعيَّن ؛ كـ (وكلتك في بيع عبدي وفي كل قليلٍ وكثيرٍ) .

---

(١) الشرح الكبير (٥/٢١١ ـ ٢١٢) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ وَلَمْ يَذْكُرْ نَوْعَهُ . . لَمْ يَصِحَّ ٱلتَّوْكِيلُ . . . .

وقضية ما مرَّ من صحَّة : (وكَّلتك وكلَّ مسلمٍ في كذا) ، ومن صحَّة التوكيل فيما سيملكه / تبعاً : الصحةُ هنا[1] ، وقد يفرق ـ كما قال شيخنا الشهاب الرملي ـ بكثرة الغرر هنا[2] ؛ لأن ذٰلك [يشمل][3] طلاق زوجاته وعتق أرقَّائه ونحو ذٰلك ، بخلاف ذَينِك ، وبعضهم بحث التسوية بين الجميع[4] 1/421

* * *

(وإن وكَّله في شراء عبدٍ ولم يذكر نوعه) كتركيٍّ وهنديٍّ . . (لم يصح التوكيل) لأنَّ العبيد أنواعٌ ، فإذا لم يبيِّن النوع . . عظم الغرر ، وإن تباينت أصناف نوعٍ . . وجب بيان الصنف ؛ [كخطائي] وقِفْجاقي[5] ، ولو قال : (اشتر لي عبداً كما تشاء) . . لم يصح .

ولا يُشترَط استقصاء أوصاف السَّلَم ، ولا ما يقرب منها بلا خلافٍ .

---

(1) انظر ما تقدم (٥/٣٠) .

(2) فتاوى الشهاب الرملي (٢/٢١٢) .

(3) في الأصل : (يشتمل) ، والتصويب من سياق العبارة .

(4) اعتمد الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٨٧) عدم الصحَّة وإن كان تابعاً لمعيَّن ، قال : (وهو كذٰلك وإن خالف في ذٰلك بعض المتأخرين ؛ إذ قد يدخل في هٰذا أمور لو عرض تفصيلها على الموكل ؛ كطلاق زوجاته وعتق أرقَّائه والتصدُّق بجميع ماله . . لاستنكره ، وقد منع الشارع بيع الغرر ، وهو أخف خطراً من هٰذا ، وقد علم بذٰلك الفرقُ بين هٰذا وبين ما مرَّ فيما يصح تبعاً) .

(5) في الأصل : (كخطابي) ، والتصويب من « حاشية البجيرمي علىٰ شرح المنهج » (٢/٣٤١) ، وقال فيها : (قوله : « كخطائي » بتخفيف الطاء نسبة إلىٰ خطاء بلدة بالعجم ، وهو وما بعده ـ [أي : قفجاقي] ـ : صنفان من التركي) .

وَإِنْ ذَكَرَ ٱلنَّوْعَ وَلَمْ يُقَدِّرِ ٱلثَّمَنَ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ ذَكَرَ ٱلنَّوْعَ وَقَدَّرَ ٱلثَّمَنَ وَلَمْ يَصِفِ ٱلْعَبْدَ . . فَٱلْأَشْبَهُ : أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ . . . .

ولو قال : (اشتر لي رقيقاً) . . وجب أيضاً بيان الذكورة أو الأنوثة .

* * *

(وإن ذكر النوع ولم يقدِّر الثمن . . لم يصح) في وجهٍ جرىٰ عليه الشيخ رحمه الله تعالىٰ ؛ لأن أثمان النوع تختلف ، فلا بدَّ من بيان قَدْره كمئةٍ ، أو غايته ؛ كأن يقول : (من مئة إلىٰ ألف) ، والأصح : الصحَّة ؛ لأنه مع ذكر النوع يقل الغرر ، ويحمل ذلك علىٰ أعلىٰ ثمنٍ .

* * *

(وإن ذكر النوع وقدَّر الثمن ولم يصف العبد) بما يميّزه عن غيره . . (فالأشبه : أنه لا يصح) لاختلاف الغرض باختلاف الصفات مع التساوي في القيمة .

(وقيل) وهو الأصح : (يصح) لأنَّ بيان النوع وقَدْر الثمن يقلُّ الغرر معهما ، ولم يذكر في « المهذب » غيره[1] ، ولعلَّ الشيخ أبدى الأول احتمالاً لنفسه ؛ لأنه لا يُعرف في الكتب المشهورة في المذهب .

* * *

ولو وكَّله في شراء دارٍ . . وجب بيان البلد والمحلَّة ـ أي : الحارة ـ والسِّكة ؛ أي : الزُّقاق ، ويبيِّن في شراء الحانوت السوق .

هٰذا كله إذا قصد بالشراء القنية ، فإن قصد التجارة . . لم يُشترَط بيان شيءٍ من ذٰلك ، بل يكفي : (اشتر ما شئت من العروض) ، أو : (ما فيه

---

(١) المهذب (١/٤٦٠) .

وَمَا يَتْلَفُ فِي يَدِ ٱلْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ . . لَا يَلْزَمُهُ ضَمَانُهُ . وَٱلْقَوْلُ فِي ٱلْهَلَاكِ وَمَا يَدَّعِي عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ . . قَوْلُهُ . . . .

حظٌّ) كما صرَّح به الماوردي والمتولي [١] ، واقتضاه كلام الرافعي [٢]

[يد الوكيل على الموكَّل فيه يد أمانة]

(**وما يتلف في يد الوكيل من غير تفريطٍ . . لا يلزمه ضمانه**) وإن كان بجعلٍ ؛ لأنه نائبٌ عن الموكِّل في اليد والتصرُّف ، فكانت يده كيده ، فإن فرَّط ؛ كأن تعدَّىٰ بركوبٍ أو لبسٍ أو نحوهما . . ضمن كسائر الأُمناء ، فلو باع وسلَّم المبيع . . زال الضمان عنه ، ولا يضمن [الثمن] [٣] ؛ لأنه لم يتعدَّ فيه ، ولو ردَّ المبيع إليه بعيبٍ . . عاد الضمان ، ولو امتنع من التخلية بين المال والموكِّل . . ضمن إن لم يكن عذرٌ كالمودَع ، فإن كان عذرٌ . . لم يضمن ؛ لعدم تقصيره .

وهل يضمن بتأخير بيع ما وُكِّل في بيعه ؟ **وجهان** ؛ رُجِّح منهما المنع .

[اختلاف الموكل والوكيل]

(**والقول في الهلاك وما يدَّعي**) الموكِّل (**عليه**) أي : على الوكيل (**من خيانةٍ . . قولُه**) أي : الوكيل بيمينه ، أما في الهلاك . . فلتعذُّر إقامة البينة عليه ، هٰذا إذا أطلق ، فإن أسنده إلىٰ سببٍ . . فلا بدَّ فيه من التفصيل المذكور

---

(١) الحاوي الكبير (٨/١٨٨) ، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق٦/١٢٢ ، ٧/١١٢) مخطوط .

(٢) الشرح الكبير (٥/٢١٤) .

(٣) في الأصل : (للثمن) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٢٩٨) .

وَإِنْ كَانَ مُتَطَوِّعاً . . فَٱلْقَوْلُ فِي ٱلرَّدِّ قَوْلُهُ ، وَإِنْ كَانَ بِجُعْلٍ . . فَقَدْ قِيلَ : ٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَقِيلَ : ٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُوَكِّلِ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَا ؛ فَقَالَ : (أَذِنْتُ لَكَ فِي بَيْعٍ حَالٍّ) ، وَقَالَ ٱلْوَكِيلُ : (بَلْ فِي بَيْعٍ مُؤَجَّلٍ) ، أَوْ قَالَ : . . . .

في (الوديعة)[١] ؛ كما أشار إليه الرافعي في (كتاب الرهن)[٢] ، وأما في الخيانة . . **فلأن الأصل** : عدمها .

(**وإن كان**) الوكيل (**متطوِّعاً . . فالقول في الردِّ قولُه**) بيمينه ، سواءٌ أكان ذلك قبل العزل أم بعده ؛ كما هو مقتضىٰ إطلاق / الشيخين ، و« الكفاية »[٣] ، خلافاً لِمَا في « المطلب »[٤] .

(**وإن كان بجعلٍ . . فقد قيل**) وهو الأصح : (**القول قوله**) بيمينه ؛ لأنه ائتمنه .

(**وقيل : القول قول الموكِّل**) بيمينه ؛ لأن الوكيل قبض العين لمنفعة نفسه ، فأشبه المرتهن .

٭ ٭ ٭

(**وإن اختلفا**) أي : الوكيل والموكِّل في أصل الوكالة ؛ كأن قال : (وكَّلتني في كذا) فأنكر ، أو صفتها (**فقال : أذنت لك في بيعٍ حالٍّ**) وقد بعتَ مؤجَّلاً ، (**وقال الوكيل : [بل] في بيعٍ مؤجَّلٍ ، أو قال**) الموكِّل :

(١) انظر ما سيأتي (٥/١٢٣) .
(٢) الشرح الكبير (٤/٤٩٩) .
(٣) الشرح الكبير (٥/٢٦٥) ، روضة الطالبين (٣/٥٣٥) ، كفاية النبيه (١٠/٢٨٤) .
(٤) المطلب العالي (ق ١٠/٣٣٣ ـ ٣٣٤) مخطوط .

(فِي ٱلشِّرَاءِ بِعَشَرَةٍ) ، فَقَالَ : (بَلْ بِعِشْرِينَ) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُوَكِّلِ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي ٱلْبَيْعِ وَقَبْضِ ٱلثَّمَنِ ، فَٱدَّعَاهُ ٱلْوَكِيلُ وَأَنْكَرَ ٱلْمُوَكِّلُ ، أَوْ قَالَ ٱلْوَكِيلُ : (ٱشْتَرَيْتُهُ بِعِشْرِينَ) ، وَقَالَ ٱلْمُوَكِّلُ : (بَلْ بِعَشَرَةٍ) . . فَفِيهِ قَوْلَانِ .

أذنتُ لك (**في الشراء بعشرةٍ ، فقال**) الوكيل : (**بل بعشرين**) ، أو قال الوكيل : أتيتُ بالتصرُّف المأذون فيه من بيعٍ أو غيره ، وأنكر الموكِّل . . (**فالقول قول الموكِّل**) في ذٰلك بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم الإذن فيما ذكره الوكيل ، ولأن الموكِّل أعرف بحال الإذن الصَّادر منه ، **ولأن الأصل** : عدم التصرُّف وبقاء الملك في الصورة الأخيرة .

* * *

(**وإن اختلفا في البيع وقبض الثمن ، فادَّعاه الوكيل**) ووافقه المشتري (**وأنكر الموكِّل**) ذٰلك (**أو قال الوكيل : اشتريته بعشرين**) وهو يساويها (**وقال الموكِّل : بل بعشرةٍ . . ففيه قولان**) **أصحُّهما** ـ كما صحَّحه النووي في « **تصحيحه** » ـ : تصديق الموكِّل[1] ؛ لأن الوكيل يقرُّ علىٰ موكِّله ببيعٍ في الأولىٰ ، وبزيادة الثمن في الثانية ، فلم يُقبَل ؛ كما لو أقرَّ عليه بدَينٍ .

والقول الثاني : تصديق الوكيل ؛ لأن الموكِّل أقامه مقام نفسه ، فنفذ قوله عليه فيما هو إليه .

* * *

ولو قال الوكيل بعد البيع وقد وُكِّل في البيع مطلقاً ، أو مع قبض الثمن : (قبضتُ الثمن وتلف في يدي) ، أو : (دفعتُه إليك) وأنكر الموكِّل قبض

---

(١) تصحيح التنبيه (١/٣٤٠) .

الوكيل له . . صُدِّق الموكِّل بيمينه إن كان الاختلاف قبل تسليم المبيع ؛ **لأن الأصل** : بقاء حقِّه ، وإن كان بعد تسليمه والثمنُ حالٌّ . . صُدِّق الوكيل بيمينه ؛ حملاً علىٰ أنه أتىٰ بالواجب عليه من القبض قبل التسليم ، فلو أذن له في التسليم قبل قبض الثمن ، أو في البيع بمؤجَّلٍ وأذن له في القبض بعد الأجل . . فالمُصدَّق الموكِّل ؛ لعدم خيانة الوكيل بالتسليم حينئذٍ .

وإذا حلف الوكيل فيما صُدِّق فيه . . ففي براءة المشتري من الثمن **وجهان** ؛ **أصحُّهما عند البغوي** ـ وعلىٰ نقله اقتصر الرافعي في « الشرح الصغير » ، وهو **المعتمد** ـ : لا [1] ؛ **لأن الأصل** : عدم القبض ، وإنَّما قبلنا قول الوكيل في حقِّه ؛ لائتمانه إياه ، **وأصحُّهما عند الإمام** : نعم [2] ؛ لأنَّا قبلنا قول الوكيل في قبض الثمن ، فكيف نوجبه ؟!

*

فلو خرج المبيع مستحَقّاً . . رجع المشتري بالثمن على الوكيل ؛ لأنه دفعه إليه ، دون الموكِّل ؛ لإنكاره قبض الثمن ، ولا رجوع للوكيل على الموكِّل ؛ لأن يمينه التي دفعت عنه الغرم لا تُثبت له حقّاً علىٰ غيره .

وإن بان المبيع معيباً ، وردَّه المشتري على الموكِّل ، وغرَّمه الثمن . . لم يرجع به على الوكيل ؛ لاعترافه بأنه لم يأخذ شيئاً ،/أو ردَّه على الوكيل وغرمه . . لم يرجع على الموكِّل ، والقول قوله بيمينه أنه لم يأخذ منه شيئاً ، ولا ٤٢٢/أ

(١) التهذيب (٤/٢٣٣) ، الشرح الصغير (ق ٣/١٧٧) مخطوط .

(٢) نهاية المطلب (١١/٤١٠ ـ ٤١١) .

يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بيمينه أن [نثبت] له [بها][1] حقّاً علىٰ غيره ؛ كما مرَّ .

* * *

وإن قال الموكِّل للوكيل : (قبضتَ الثمن فادفعه لي) فأنكر . . فالقول قول الوكيل بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم قبضه ، وليس للموكِّل مطالبة المشتري ؛ لاعترافه بقبض وكيله ، ولٰكن إن تعدَّى الوكيل بتسليم المبيع قبل قبض الثمن . . غرَّمه الموكِّل قيمة المبيع للحيلولة .

[مسألة الجارية]

ولو اشترىٰ أمةً بعشرين ديناراً مثلاً ، وزعم أن الموكِّل أمره بذٰلك ، فقال : (بل أذنت بعشرةٍ) وحلف علىٰ ذٰلك ؛ فإن اشتراها بعين مال الموكِّل وسمَّاه في العقد ؛ بأن قال : (اشتريتها لفلانٍ والمال له) . . بطل الشراء ؛ لأنه اشترىٰ بمال الغير بغير إذنه ، أو سمَّاه بعده ؛ بأن قال ذٰلك ، أو اشتراها في الذِّمَّة وسمَّاه ؛ كما مرَّ[2] ، وصدَّقه البائع فيما سمَّاه في الصورتين . . بطل أيضاً ؛ لاتفاقهما علىٰ أن الشراء [للمسمَّىٰ][3] ، وقد ثبت بيمينه أنه لم يأذن فيه بالثمن المذكور ، وكالتصديق [الحُجَّةُ][4]

---

(١) في الأصل : (يثبت له به) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٨٥) .

(٢) أي : في العقد أو بعده . « فتح الوهاب » (١/٢٢٢) .

(٣) في الأصل : (بالمسمىٰ) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٢٢) .

(٤) في الأصل : (الحجر) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٢٢) .

وإن لم يسمِّه فيما ذُكِر ، بل نواه مطلقاً ، أو سمَّاه فيه والشراء في الذِّمَّة ، أو بعد العقد والشراء بعين مال الموكِّل وكذَّبه البائع ، أو سكت . . وقع الشراء للوكيل ظاهراً ، ولغت التسمية ، وسلَّم الثمن المعين للبائع ، وغرم بدله [للموكِّل][1] ، وحلف البائع علىٰ نفي العلم بالوكالة ، ويكون المال للموكِّل إن كذَّبه ، أو سكت وقد اشتراها بالعين وسمَّاه بعد العقد .

❊ ❊ ❊

وسُنَّ للقاضي حالة وقوع الشراء للوكيل أن يرفق بالبائع إذا حلف علىٰ نفي العلم ، وبالموكِّل مطلقاً ليبيعاها للوكيل ولو بتعليقٍ ؛ كأن يقول له البائع : (إن لم يكن موكِّلك أمرك بشراء الأمة بعشرين . . فقد بعتكها بها) ، ويقولَ الموكِّل : (إن كنت أمرتك بشراء الأمة . . .) إلىٰ آخره ، فيقبل هو ؛ لتحلَّ له باطناً ، ويُغتفَر هٰذا التعليق في البيع بتقدير كذب الوكيل وصدقه للضرورة .

❊

فإن لم يُجِب من رُفِق به إلىٰ ما ذُكِر ، أو لم يسأله القاضي ، أو لم يقبل الوكيل ذٰلك ؛ فإن كان الوكيل كاذباً . . لم يحلَّ له التصرُّف في الأمة بوطءٍ ولا غيره [إن][2] كان الشراء بعين مال الموكِّل ؛ لبطلانه باطناً ، وإن كان في الذِّمَّة . . حلَّ ذٰلك ؛ لصحته باطناً أيضاً .

---

(١) في الأصل : (للوكيل) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٢٢) .

(٢) في الأصل : (وإن) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٢٣) ، و« مغني المحتاج » (٢/٣٠٣) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ فِي غَيْبَةِ ٱلْمُوَكِّلِ وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَأَنْكَرَ ٱلْغَرِيمُ . . ضَمِنَ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . . . .

وإن كان صادقاً . . فهي للموكِّل باطناً ، وعليه [للوكيل][1] الثمن ، وهو لا يؤدِّيه وقد ظفر الوكيل بغير جنس حقِّه وهو الأمة ، فله بيعها وأخذُ حقِّه من ثمنها ، وذكر المتولي كما في « الروضة » كـ « أصلها » : أن له ذلك أيضاً فيما إذا كان كاذباً والشراء بعين مال الموكِّل[2] ؛ لتعذُّر رجوعه على البائع بحلفه .

* * *

(وإن وكَّله في قضاء دَينٍ ، فقضاه في غيبة الموكِّل) بدعواه (ولم يشهد ، وأنكر الغريم) . . صُدِّق بيمينه ؛ لأنه لم يأتمن الوكيل حتىٰ يلزمه تصديقه ، ولأن الأصل : عدم القضاء .

وإذا / حلف . . طالب الموكِّل بحقِّه ، وليس له مطالبة الوكيل ، وإذا أخذه منه . . (ضمن) الوكيل للموكِّل وإن صدَّقه الموكِّلُ في القضاء . ٤٢٢/ب

(وقيل) : يُصدَّق الوكيل بيمينه ، و(لا يضمن) لأن الموكِّل ائتمنه ، ولأن مدلول ذلك لفظاً القضاء فقط ، (وليس بشيءٍ) لأن العرف إذا دلَّ علىٰ شيءٍ . . كان كالمصرَّح به .

* * *

(١) في الأصل : (للموكل) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٢٣) ، و« مغني المحتاج » (٢/٣٠٣) .

(٢) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق٦/١٤٧ ـ ١٤٨) مخطوط ، روضة الطالبين (٣/٥٣٢) ، الشرح الكبير (٥/٢٦٢) .

وَإِنْ أَشْهَدَ شَاهِدَيْنِ ظَاهِرُهُمَا ٱلْعَدَالَةُ ، أَوْ شَاهِداً وَاحِداً . . فَقَدْ قِيلَ : يَضْمَنُ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . وَإِنْ قَضَاهُ بِحَضْرَةِ ٱلْمُوَكِّلِ وَلَمْ يُشْهِدْ . . فَقِيلَ : يَضْمَنُ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ ....

(وإن [أشهد شاهدين] [1] ظاهرهما العدالة) فبان فسقهما ، (أو) أشهد (شاهداً واحداً . . فقد قيل : يضمن) لتقصيره بترك البحث ، وبالاكتفاء بحُجَّةٍ مختلفٍ فيها .

(وقيل) وهو الأصح : (لا يضمن) لأن معرفة باطن الشهود ليس من منصبه ، والواحد مع اليمين حجَّةٌ في الأموال .

وإن أشهد الوكيل شهوداً وغابوا أو ماتوا أو جُنُّوا . . فعلىٰ ما سبق في رجوع الضامن على الأصيل [2]

(وإن قضاه بحضرة الموكل ولم يُشهد . . فقيل : يضمن) لتقصيره بترك الإشهاد .

(وقيل) وهو الأظهر : (لا يضمن) لنسبة التقصير حينئذٍ إلى الموكِّل ، والقول فيما إذا اختلفا في أنه دفع بحضرته قولُ الموكِّل بيمينه في أنه لم يحضر ؛ لأن الأصل : عدم حضوره [3]

❋

(١) في الأصل : (شهد شاهدان) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) انظر ما تقدم (٤/٥٤٩) .

(٣) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .

وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي ٱلْإِيدَاعِ فَأَوْدَعَ وَلَمْ يُشْهِدْ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لِرَجُلٍ ، فَجَاءَ رَجُلٌ وَٱدَّعَىٰ أَنَّهُ وَكِيلُهُ ، فَصَدَّقَهُ . . جَازَ ٱلدَّفْعُ إِلَيْهِ . . . .

(**وإن وكَّله في الإيداع فأودع ولم يُشهد . . لم يضمن**) لأن القول قول المودَع في التلف بيمينه ، فلا فائدة في الإشهاد .

(**وقيل : يضمن**) لأنه ربَّما جحد الوديعة فيشهد عليه الشهود ، **وقيل** : إن سهل عليه الإشهاد . . ضمن ، وإلا . . فلا .

ومحلُّ الخلاف ـ كما قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ ـ : فيما إذا أودع في غيبة المالك ، أما مع حضوره . . فلا ضمان قطعاً[(١)]

ولو ادَّعىٰ وليُّ اليتيم ؛ من أبٍ أو جدٍّ ، أو حاكمٍ أو قيِّمٍ ، أو وصيٍّ دفعَ المال إليه بعد البلوغ ، ولم يصدِّقه . . لم يُقبَل إلا ببينةٍ ؛ **لأن الأصل** : عدم الدفع ، والسفيهُ والمجنونُ كاليتيم[(٢)] ، والرشدُ والإفاقةُ كالبلوغ .

* * *

(**وإن كان عليه حقٌّ لرجلٍ**) مثلاً (**فجاء رجلٌ وادَّعىٰ أنه [وكيله]**)[(٣)] في قبض ما له عنده من دَينٍ أو غيره (**فصدَّقه**) مَن عنده ذلك . . (**جاز الدفع إليه**) لأنه خبرٌ غلب على الظن صدقه ، سواء أكان دَيناً أم عيناً ؛ كما

---

(١) الشامل (ق ٣/٢١١) مخطوط ، وانظر « كفاية النبيه » (١٠/٣٠٠ ـ ٣٠١) .

(٢) في الأصل : (والمجنون كاليتيم والمجنون كاليتيم) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٨٦) .

(٣) في الأصل : (وكيل) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَلَا يَجِبُ ، وَإِنْ قَالَ : (أَنَا وَارِثُهُ) ، فَصَدَّقَهُ . . وَجَبَ ٱلدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ قَالَ : (أَحَالَنِي عَلَيْكَ) ، فَصَدَّقَهُ . . فَقَدْ قِيلَ : يَجِبُ ٱلدَّفْعُ إِلَيْهِ ، وَقِيلَ : لَا يَجِبُ . . . .

هو قضية كلام الشيخين[1] ، خلافاً لبعض المتأخرين في العين ؛ فإنه قال : (لا يجوز تسليمها له ؛ لِمَا فيه من التصرف في ملك الغير بغير إذنه) .

وعبارة الوليِّ العراقي : (وهو مشكلٌ في العين ؛ فإنه تصرُّفٌ في ملك الغير)[2] .

(ولا يجب) دفعه إليه إلا ببينةٍ علىٰ وكالته ؛ لاحتمال إنكار الموكِّل لها .

*

(وإن قال : أنا وارثه) ولا وارث له غيري ، أو وصيٌّ ، أو موصىً لي به وأنا أستحقُّه (فصدَّقه) مَن عنده المال في ذٰلك . . (وجب الدفع إليه) لاعترافه بانتقال المال إليه ، فلا يمنعه حقَّه .

(وإن قال) لمن عليه دَينٌ : (أحالني) مستحِقُّه (عليك) به (فصدَّقه . . فقد قيل) وهو الأصح : (يجب الدفع إليه) لاعترافه بانتقال المال إليه .

(وقيل : لا يجب) الدفع إليه إلا ببينةٍ ؛ لاحتمال إنكار المستحِقِّ للحوالة .

---

(١) الشرح الكبير (٥/٢٦٩) ، روضة الطالبين (٣/٥٣٧) .

(٢) تحرير الفتاوي (٢/١٢٩) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٠٦) : (وقد علم من هٰذا التفصيل : أنه لا فرق بين أن يكون المُدَّعىٰ به عيناً أو دَيناً ، فيجوز له دفعه عند التصديق وإن قيَّده بعض المتأخرين من عند نفسه بالدَّين ، ولا يقال : إن ذٰلك تصرف في ملك الغير بغير إذنه ؛ إذ غلبة الظن في ذٰلك كافية) .

وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُ ٱلْحَقِّ فَأَنْكَرَ . . وَجَبَ عَلَى ٱلدَّافِعِ ٱلضَّمَانُ . . . .

(وإن) سلَّم المُصدِّق الحقَّ / ثم (جاء صاحب الحقِّ فأنكر) وكالته وحلف علىٰ ذٰلك . . (وجب على الدافع الضمان) ولصاحب الحقِّ مطالبة القابض أيضاً إن كان الحقُّ عيناً ؛ فإن كانت باقيةً . . أخذها ، أو أخذها الدافع وسلَّمها إليه ، وإن كانت تالفةً . . فله أن يطالب [ببدلها][1] مَن شاء منهما ، ثم لا يرجع أحدهما على الآخر به إذا غرمه ؛ لاعترافهما أن الظالم غيرهما ، فلا يرجع إلَّا علىٰ ظالمه ، إلا إن قصَّر القابض لها فتلفت ، وغرم المستحِقُّ الدافعَ لها . . فإن الدافع يرجع على القابض ؛ لأنه وكيلٌ [عنده][2] ، والوكيل يضمن بالتقصير ، والمستحِقُّ ظلمه بأخذ البدل منه ، وماله في ذمَّة القابض ، فيستوفيه بحقِّه . 1/423

* * *

وإن كان الحقُّ دَيناً . . لم يطالب به المستحِقُّ إلا غريمه ، فلا يطالب القابض ؛ لأنه فضوليٌّ بزعمه ، والمقبوض ليس حقَّه ، وإنَّما هو مال المديون ، وإذا غرم غريمه ثانياً . . فله استرداده من القابض له إن بقي وإن صار للمستحِقِّ في زعمه ؛ لأنه مال مَن ظلمه وقد ظفر به ، فإن [تلف][3] بلا تفريطٍ . . لم يُغرِّمه ، وإلا . . غرَّمه .

هـٰذا كله إذا صدَّقه في دعوى الوكالة ؛ كما هو فرض المسألة ، فإن لم

---

(1) في الأصل : (ببدلهما) ، والتصويب من سياق عبارة « مغني المحتاج » (٢/٣٠٦) .

(2) في الأصل : (عنه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٨٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٣٠٦) .

(3) في الأصل : (تلفت) ، والتصويب من « الغرر البهية » (٥/٥٤٧) .

يصدِّقه ؛ بأن كذَّبه أو سكت . . فله مطالبته والرجوع عليه بما قبضه منه ، دَيناً كان أو عيناً ، وجَحْدُ المحيل الحوالة كجحد الموكِّل الوكالة .

وإن بان المستحِقُّ في صورة الوارث والوصي والموصىٰ له حيّاً وغرم الغريم . . رجع الغريم على الوارث والوصي والموصىٰ له بما دفعه [إليهم][1] ؛ لتبيُّن كذبهم .

❊ ❊ ❊

ولو صرَّح الوكيل بجحود الوكالة أو القبض ، ثم ادَّعى الردَّ ، سواءٌ أكان قبل الجحود أم بعده ، أو التلفَ قبل الجحود . . لم يُصدَّق ؛ لمصيره خائناً ، بخلاف قوله : (ما لك عندي شيء) ، أو : (لا حقَّ لك عليَّ) أو نحو ذٰلك ، فيُصدَّق بيمينه في دعوى الردِّ والتلف ، ولو ادَّعىٰ تلف المال بعد الجحود . . صُدِّق بيمينه ؛ لئلا يخلد في الحبس .

❊ ❊

ولو صدَّق الموكِّلُ مدَّعي التسليم إلىٰ وكيله المنكر . . لم يُغرِّم الموكِّل مدَّعيَ التسليم بترك الإشهاد ، ولا يشكل ذٰلك [بما][2] لو ترك الوكيل بقضاء الدَّين الإشهادَ ، حيث يغرِّمه الموكِّل ؛ كما مرَّ[3] ؛ لأن الوكيل يلزمه الاحتياط للموكِّل ، فإذا تركه . . غرم ، بخلاف الغريم .

---

(١) في الأصل : (إليه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٨٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٣٠٧) .

(٢) في الأصل : (لما) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٣) انظر ما تقدم قريباً (٥/٧٣) .

وَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَعْزِلَ نَفْسَهُ مَتَىٰ شَاءَ ، وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ وَكِيلَهُ مَتَىٰ شَاءَ ؛ فَإِنْ عَزَلَهُ . . . .

ويجوز عقد نحو النكاح والبيع بالمصادقة على الوكالة به ، فإذا عقد الوكيل ، ثم كذَّب نفسه ؛ بأن قال : (لم أكن مأذوناً فيه) . . لم يُؤثِّر وإن وافقه من وقع له العقد ؛ [لأن فيه حقاً للموكل] ، إلا إن أقام [من وقع له العقد] بينةً بإقراره بأنه لم يكن مأذوناً له في ذٰلك العقد . . فيؤثِّر فيه .

[بيان أن الوكالة جائزةٌ من الطرفين]

ثم شرع الشيخ رحمه الله تعالىٰ في بيان أن الوكالة جائزةٌ من الجانبين فقال : (وللوكيل أن يعزل نفسه متىٰ شاء ، وللموكِّل أن يعزل وكيله متىٰ شاء) لأن الوكالة إنابةٌ ، فلا تلزم للإضرار .

هٰذا إن لم يكن فيها جعلٌ ، فإن شُرِط فيها جعلٌ معلومٌ ، وعقد بلفظ الإجارة . . فهي / إجارةٌ إن توفَّرت شروطها ، أو بلفظ الوكالة . . قال الرافعي : (فيمكن [بناؤه] [1] على اعتبار صيغ العقود أو معانيها) [2] ، وهٰذان الاحتمالان نقلهما الروياني وجهين ، وصحَّح منهما الأول على القاعدة الغالبة [3] ٤٢٣/ب

* * *

(فإن عزله) أي : عزل الموكِّل وكيله في حضوره بقوله : (عزلتك) ،

---

(١) في الأصل : (بقاؤه) ، والتصويب من سياق عبارة « الشرح الكبير » .

(٢) الشرح الكبير (٥/٢٥٦) .

(٣) بحر المذهب (٨/١٥٥) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٠٠) : (وهو المعتمد ؛ كما جزم به الجويني في « مختصره » لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة) .

وَلَمْ يَعْلَمِ ٱلْوَكِيلُ . . ٱنْعَزَلَ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ دُونَ ٱلْآخَرِ . . . .

أو : (رفعت الوكالة) ، أو : (أبطلتها) ، أو : (صرفتها) ، أو : (فسختها) ، أو : (أزلتها) ، أو : (نقضتها) ، أو : (أخرجتك منها) . . انعزل في الحال ؛ لدلالة ذٰلك عليه .

فإن لم يكن الوكيل حاضراً (**ولم يعلم الوكيلُ**) بالعزل . . (**انعزل في**) الحال في (**أحد القولين**) وهو **الأصح** ؛ لأنه رفعُ عقدٍ لا يُعتبَر فيه الرضا فكذا العلم ؛ كالطلاق ، (**دون الآخر**) فلا ينعزل حتىٰ يبلغه الخبر كالقاضي ، وفرق **الأوَّل** : [بتعلُّق][1] المصالح الكلية [به] دونه .

❊ ❊ ❊

ولا يُصدَّق الموكِّل بعد التصرُّف في قوله : (كنتُ عزلته) إلا ببينةٍ ، فينبغي أن يُشهِد علىٰ عزله ، قال الإسنوي : (وصورته : إذا أنكر الوكيل العزل ، فإن وافقه لٰكن قال : [كان] بعد التصرُّف . . فهو كدعوى الزوج تقدُّمَ الرجعة على انقضاء العدَّة ، وفيه تفصيلٌ معروفٌ ، قاله الرافعي في اختلاف الموكِّل والوكيل) انتهىٰ[2]

وهٰذا بالنسبة إليهما ، أما بالنسبة إلىٰ ثالثٍ ؛ كالمشتري من الوكيل . . فلا يُصدَّق الموكِّل في حقِّه مطلقاً .

❊

ولو تلف المال في يد الوكيل من غير تقصيرٍ بعد عزله . . لم يضمن ، ولو باعه ثم سلَّمه المشتريَ جاهلاً بعزله . . ضمنه ؛ كما هو مقتضىٰ كلام

---

(١) في الأصل : (بتعليق) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/ ٣٠٠) .
(٢) المهمات (٥/ ٥٥١) .

الشاشي والغزالي[1] ، ونقله في « البحر » عن بعضهم[2] ؛ كالوكيل إذا قتل بعد العفو . . تلزمه الدِّية والكفارة ؛ خلافاً لِمَا بحثه الروياني في « الحليةِ » من عدم الضمان ؛ لبقاء أمانته[3] .

* * *

ولو قال الوكيل : (عزلت نفسي) ، أو : (رددت الوكالة) ، أو : (أخرجت نفسي منها) أو نحو ذٰلك . . انعزل وإن لم يحضر الموكِّل ولم يعلم بذٰلك .

وإقرار الوكيل في الخصومة بالإبراء ، أو بالاعتراف من موكِّله بما يبطل حقَّه من قبضٍ أو تأجيلٍ أو نحو ذٰلك . . لا يصح ؛ لأنَّ الوكيل إنَّما [يفعل][4] ما فيه الحظ لموكِّله ، وينعزل بذٰلك ؛ لتضمُّنه الاعتراف [بأنه][5] ظالمٌ في الخصومة ، ولا ينعزل بإبرائه الخصم ، ولا بمصالحته له ؛ لأنهما لا يتضمَّنان ذٰلك .

* * *

وتُقبَل شهادة الوكيل على الموكِّل ، وكذا له فيما ليس وكيلاً فيه ؛ لعدم التهمة ، فلو عُزِل قبل الخصومة . . قُبِلت شهادته [فيها][6] ؛ كما لو شهد له في [غيرها][7] .

---

(١) حلية العلماء (٥/١٤٠) ، الوسيط (٣/٣٠١) .

(٢) بحر المذهب (٨/١٥٧) .

(٣) حلية المؤمن (ق/٩٥) مخطوط .

(٤) في الأصل : (يفعله) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٧٣) .

(٥) في الأصل : (لأنه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/١٨٩) .

(٦) في الأصل : (فيه) ، والتصويب من سياق عبارة « الغرر البهية » (٥/٥٣٢) .

(٧) في الأصل : (غيره) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٧٣) .

وَإِنْ خَرَجَ ٱلْوَكِيلُ أَوِ ٱلْمُوَكِّلُ عَنْ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ ٱلتَّصَرُّفِ بِٱلْمَوْتِ أَوْ بِٱلْجُنُونِ أَوِ ٱلْإِغْمَاءِ . . ٱنْفَسَخَتِ ٱلْوَكَالَةُ . . . .

ولو عزل أحدَ وكيلَيْه مُبْهِماً . . لم يتصرَّف [واحدٌ][1] منهما حتىٰ يُميِّز ؛ للشكِّ فيه[2]

* * *

(**وإن خرج الوكيل أو الموكِّل عن أن يكون من أهل التصرُّف بالموت أو بالجنون**) وإن زال عن قُرْبٍ (**أو الإغماء . . انفسخت الوكالة**) لزوال الأهلية ، قال ابن الرفعة وغيره : (والصواب : أن الموت ليس بانعزالٍ ، بل تنتهي الوكالة به كالنكاح)[3]

ولو مات الوكيل في شراء جاريةٍ بعد شرائها قبل أن يتبيَّن أنه اشتراها لنفسه أو لموكِّله . . لم يجز للموكِّل وطؤها ؛ لأن للوكيل قدرةً على الشراء لنفسه ولموكِّله جميعاً ، ولا مرجِّح ، والأصل : التحريم ، حكاه العجلي عن بعض كتب الغزالي[4] . انتهىٰ[5] ،/ وطريقه في ذٰلك : أن يشتريها من الوارث . ٤٢٤/أ

* * *

ولا ينعزل الوكيل بالنوم وإن خرج به عن [أهلية] التصرُّفِ ؛ كما قاله في

(١) في الأصل : (واحداً) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٢٨٠) ، و« مغني المحتاج » (٢/٣٠٠) .

(٢) أي : في أهليته . « مغني المحتاج » (٢/٣٠٠) .

(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢/٢٧٩) .

(٤) إحياء علوم الدين (٣/٣٩٣) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٢٧٩) .

(٥) قوله : (انتهىٰ) كذا في الأصل ، ولعلَّه سبق قلم من الناسخ ؛ فإن قول ابن الرفعة رحمه الله تعالىٰ ينتهي عند قوله : (كالنكاح) كما في « أسنى المطالب » (٢/٢٧٩) .

« المطلب »[1] ، ومرَّ في (كتاب الحج) : أن الوكيل في رمي الجمار لا ينعزل بإغماء الموكِّل[2]

وينعزل بالحجر عليه بسفهٍ أو فلسٍ أو رقٍّ فيما لا ينفذ منه ، وبالفسق فيما العدالة شرطٌ فيه ، وبزوال ملك موكِّلٍ عن محلِّ التصرُّف أو منفعته ؛ كبيعٍ ووقفٍ وهبةٍ مع قبضٍ[3] ؛ لزوال الولاية ، وإيجار ما وُكِّل في بيعه ، **ومثله** : تزويجه رقيقه أمةً كان أو عبداً ، خلافاً لبعضهم في التقييد بالأمة[4] ، ورهنه مع قبضٍ ؛ لإشعار ذٰلك بالندم عن التصرُّف ، بخلاف نحو العرض على البيع ، وتوكيل وكيلٍ آخر ، وفي انعزاله بطحن الحنطة وجهان ، **وقضية ما في « التتمة »** ـ كما قال الأذرعي وغيره ـ : ترجيح العزل[5]

---

(١) المطلب العالي (ق ١٠/٣١٢) مخطوط .

(٢) انظر ما تقدم (٣/٣٤٤) .

(٣) ذكر البجيرمي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ شرح المنهج » (٣/٦٥) عن الزيادي رحمه الله تعالىٰ قال : (قوله : « ورهنه مع قبض » وهبته وإن لم يقبض . انتهىٰ « زي ») ، ومثله في « حاشية القليوبي علىٰ كنز الراغبين » (٢/٢٤٣) .

(٤) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٠١) : (قال الشيخان : وكذا بتزويج الجارية ، فمن المتأخرين من أخذ بمفهوم ذٰلك وقال : بخلاف العبد ؛ كما أفهمه كلام الشيخين ، ومنهم من جعله مثالاً وقال : العبد كالأمة ، واعتمده شيخي ، **وهو الظاهر** ؛ إذ لا فرق بين العبد والجارية في ذٰلك) .

(٥) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٦/١٢٥) مخطوط ، قوت المحتاج (٣/٨٠) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٠١) : (هٰذا إذا ذكر اسم الحنطة ، وإلا . . **فالأوجَهُ** : أنه لا ينعزل ؛ كما هو قضية كلام « الروضة ») .

وَإِنْ وَكَّلَ عَبْدَهُ فِي شَيْءٍ ثُمَّ أَعْتَقَهُ . . ٱحْتَمَلَ أَنْ يَنْعَزِلَ ، وَٱحْتَمَلَ أَلَّا يَنْعَزِلَ . وَإِنْ تَعَدَّى ٱلْوَكِيلُ . . ٱنْفَسَخَتِ ٱلْوَكَالَةُ ، وَقِيلَ : لَا تَنْفَسِخُ .

وإنكارُ الوكيل لنسيانٍ لها ، أو لغرضٍ له في الإخفاء لها . . ليس بعزلٍ لنفسه ، فإن تعمَّد إنكارها ولا غرض له . . انعزل بذٰلك ، بخلاف إنكارها لغرضٍ ؛ كإخفائها من ظالمٍ ، والموكِّل في إنكارها كالوكيل ؛ كما ذكره الشيخان هنا[1] ، وما أطلقاه في (التدبير) من أن إنكاره عزلٌ . . محمولٌ علىٰ ما هنا ؛ كما قاله ابن النقيب[2] .

* * *

(**وإن وكَّل عبده في شيءٍ ثم أعتقه**) أو باعه أو كاتبه . . (**احتمل**) وهو **الأصح** (**أن ينعزل**) لأن إذن السيد له استخدامٌ لا توكيلٌ ، وقد زال ملكه عنه ، **ولهٰذا** : لو قال قبل عتقه : (عزلت نفسي) . . لغا ؛ كما قاله الرافعي[3] ، (**واحتمل ألَّا ينعزل**) كما لو وكَّل زوجته ثم طلَّقها .

* * *

(**وإن تعدَّى الوكيل . . انفسخت الوكالة**) في وجهٍ كالمودَع .

(**وقيل**) وهو **الأصح** : (**لا تنفسخ**) لأن الوكالة إذنٌ في التصرُّف ، والأمانة حكمٌ مرتَّبٌ عليه ، ولا يلزم من ارتفاعها ارتفاع أصل العقد ، بخلاف المودَع ؛ فإنَّه ينعزل بالتعدِّي ؛ لأن الإيداع محضُ ائتمانٍ ، وما قاله الأذرعي من أن وكيل

---

(١) الشرح الكبير (٥/٢٥٦) ، روضة الطالبين (٣/٥٢٤) .

(٢) السراج علىٰ نكت المنهاج (٤/٤٧) .

(٣) الشرح الكبير (٥/٢٥٥) .

الولي[1] أو الوصي ينعزل بذلك[2] . . رُدَّ : بأن الفسق لا يمنع الوكالة وإن منع الولاية ، والممنوع إنَّما هو إبقاء المال في يده[3]

[أحكام العقد تتعلق بالوكيل]

والملك للمبيع في عقد الوكيل يقع ابتداءً للموكِّل ؛ كما في شراء الأب لطفله ، وإلا . . لَعتق أبو الوكيل بالشراء ، ولا يعتق [قطعاً] ، لكن أحكام عقد الوكيل ؛ كرؤيته للمبيع ، ومفارقة المجلس ، والتقابض فيه حيث يُشترَط . . تتعلَّق به لا بالموكِّل ؛ لأنه العاقد حقيقةً ، حتىٰ إن له الفسخَ بالخيار وإن أجاز الموكِّل ، وللبائع مطالبته ـ كالموكِّل ـ بالثمن إن قبضَه من الموكِّل ، سواء اشترىٰ بعينه أم في الذِمَّة ، وإن لم يقبضه منه . . لم يطالبه إن كان معيَّناً ؛ لأنه ليس بيده ، وإن كان في الذِمَّة . . طالبه به إن لم يعترف

---

(١) في الأصل : (من أن الوكيل من أن وكيل الولي) ، والتصويب من « التوسط والفتح » .

(٢) التوسط والفتح (ق ٥/٢٥٣) مخطوط .

(٣) **ظاهر كلام الشارح رحمه الله تعالىٰ هنا** : اعتماد خلاف كلام الأذرعي رحمه الله تعالىٰ تبعاً لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري رحمه الله تعالىٰ في « أسنى المطالب » (٢/٢٧٦) ، لكنه جرىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٢٩٨) على اعتماده تبعاً لشيخه الشهاب الرملي رحمه الله تعالىٰ ، وعبارته : (نعم ؛ إن كان وكيلاً لوليّ أو وصيّ . . **فالمتَّجه** ـ كما قاله الأذرعي وغيره ـ : انعزاله ؛ كالوصي يفسق ؛ إذ لا يجوز إبقاء ماله بيد غير عدل ، **فإن قيل** : هٰذا مردودٌ ؛ لأن الفسق لا يمنع الوكالة وإن منع الولاية ولٰكن الممنوع إبقاء المال بيده . . **أُجيب** : بأن هٰذا هو المردود ؛ فإن الأول هو المنقول ؛ فإنهم قالوا : الوكيل ينعزل بالفسق فيما العدالة شرطٌ فيه) .

بوكالته ؛ بأن أنكرها ، أو قال : (لا أعرفها) ، [وإلا] [١] . . طالب كلّاً منهما به ، والوكيل كضامنٍ ، والموكِّل كأصيلٍ ، فإذا غرم . . رجع بما غرمه على الموكِّل .

❊ ❊

فإذا قبض الوكيل بالبيع الثمنَ حيث يجوز له ذٰلك ، وتلف في يده ، وخرج المبيع مستحَقّاً . . رجع / عليه المشتري ببدل الثمن وإن اعترف بوكالته ؛ لحصول التلف في يده ، ثم يرجع الوكيل على الموكِّل بما غرمه ؛ لأنه غرَّه ، وللمشتري الرجوع على الموكِّل ابتداءً ؛ لأن الثمن تلف في يد سفيره ، ويده كيده ، ولا يرجع به الموكِّل على الوكيل . ٤٢٤/ب

❊ ❊ ❊

والمقبوض للوكيل بالشراء الفاسد يضمنه الوكيل ، سواء أتلف في يده أم في يد موكِّله ؛ لوضع يده عليه بغير طريقٍ شرعيّ ، ويرجع إذا غرم على الموكِّل ؛ لأن قرار الضمان عليه ؛ كما مرَّ [٢] .

وقال الأذرعي وتبعه الزركشي : (**الصواب** : أنه لا رجوع له فيما إذا تلف في يده ؛ لأن الشراء الفاسد غير مأذونٍ فيه ، فلا عبرة بالإذن) [٣] .

وأُجيب : بأن فاسد كل عقدٍ كصحيحه في الضمان وعدمه ، وبأن يده فيما

---

(١) في الأصل : (بها) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٢٢) .

(٢) انظر ما تقدم (٤/٥٤٤) .

(٣) قوت المحتاج (٣/٧٦) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٢٧٨) .

وُكِّل فيه كيد موكِّله ؛ لأنه أمينُه ، ووكيل المستقرض كوكيل المشتري ، فيطالب ويرجع بعد الغرم على الموكِّل .

خاتمة

[في فروع في الوكالة]

لو وكَّله ببيعٍ فباع ، ثم فسخ البيع بعيبٍ أو غيره . . لم يبع ثانياً إلا بإذنٍ جديدٍ ، وليس للوكيل شرط الخيار لمُعاقدِهِ بغير إذن موكِّله ، وله شرطه لنفسه وللموكِّل ؛ لأنه لا ضرر على موكِّله ، وإن أمره باشتراط الخيار ، [فعقده] (١) بلا شرطٍ . . لم ينعقد ؛ لمخالفته أمره .

* * *

ولو قال له : (اطلب حقِّي من زيدٍ) فمات زيدٌ . . لم يطالب وارثه ؛ لأنه غير المعيَّن ، أو : (اطلب حقِّي الذي على زيدٍ) . . طالبه ، فإن لم يمت . . جاز له القبض من وكيله .

* * *

وإن قال له : (أبرئ غرمائي) . . لم يبرئ نفسه ؛ لأن المُخاطَب لا يدخل في عموم أمر المُخاطِب له **على الأصح** ، أو قال : (أعط ثلثي للفقراء ، وإن شئت أن تضعه في نفسك فافعل) . . فعلى الخلاف فيمن أذن له في البيع لنفسه .

---

(١) في الأصل : (وعقده) ، والتصويب من سياق العبارة .

وإن قال : (بع هٰذا ثم هٰذا) . . لزمه الترتيب امتثالاً

* * *

ولو وكَّله في شراء أمةٍ يطؤها . . لم يشتر له من تحرُم عليه كأخته ؛ لأنه غير المأذون فيه .

* * *

ويستحقُّ الوكيل جُعلَه المشروط له وإن تلف الثمن في يده ؛ لأن استحقاقه بالعمل ، وقد عمل [١]

* * *

(١) في هامش الأصل : (بلغ) .

بابُ الوَدِيعة

(باب) بيان (الوديعة) وحكمها

تقال على الإيداع ، وعلى العين المودوعة ؛ من (ودع الشيء يدع) : إذا سكن ؛ لأنها ساكنةٌ عند الوديع ، وقيل : من قولهم : (فلان في دَعةٍ) أي : راحةٍ ؛ لأنها في راحة الوديع ومراعاته ؛ أي : غير مبتذلةٍ بالانتفاع عنده .

قال بعضهم : ثلاثة أحرفٍ شنيعةٌ : ضاد الضمان ، وطاء الطلاق ، وواو الوديعة ؛ أي : لأن الشخص يقع في الندم بعدها غالباً .

* * *

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [1] ، وقوله : ﴿ فَلۡيُؤَدِّ ٱلَّذِي ٱؤۡتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ ﴾ [2] ، وخبر : « أدِّ الأمانة إلىٰ من ائتمنك ، ولا تخن من خانك » رواه الترمذي وقال : (حسنٌ غريبٌ) ، والحاكم وقال : (علىٰ شرط مسلمٍ) [3] ، ولأن بالناس حاجةً بل ضرورةً إليها .

وأركانُ الوديعة بمعنى الإيداع أربعةٌ : وديعةٌ بمعنى العين المودوعة ،/ وصيغةٌ ، ومُودِعٌ ، ووديعٌ . ١/٤٢٥

---

(١) سورة النساء : (٥٨) .

(٢) سورة البقرة : (٢٨٣) .

(٣) المستدرك على الصحيحين (٢/٤٦) ، سنن الترمذي (١٢٦٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

لَا يَصِحُّ ٱلْإِيدَاعُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ ٱلتَّصَرُّفِ عَنْدَ جَائِزِ ٱلتَّصَرُّفِ . . . .

[شرط المودع والوديع]

وبدأ الشيخ بشرطهما فقال : (لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرُّف) كالموكِّل **(عند جائز التصرُّف)** كالوكيل ؛ لأن الإيداع استنابةٌ في الحفظ ، **فحقيقتها شرعاً** : توكيلٌ في حفظ مملوكٍ أو [محترمٍ] مختصٍّ علىٰ وجهٍ مخصوصٍ .

وقَبولها مستحبٌّ للأمين القادر علىٰ حفظها ؛ لأنه من التعاون المأمور به ، وواجبٌ عليه عند عدم غيره ؛ كأداء الشهادة ، لٰكن بالأجرة ؛ لأن الواجب أصل القَبول دون إتلاف [منفعته][1] ومنفعة حرزه ، وقد تُؤخَذ الأجرة على الواجب ؛ كما في سقي اللِّبأ ، فإن لم يقبل ولا عذر له . . عصىٰ ، ولم يضمن إن [تلفت][2] ؛ لعدم التزامه حفظها .

ولو أُكرِه علىٰ قَبولها فقَبِل ، وتلفت بلا تقصيرٍ منه . . لم يضمن ؛ كما لو فعل ذٰلك مختاراً .

* * *

وأخْذُها حرامٌ على العاجز عن حفظها إذا لم يعلم المالك بحاله ؛ كما قاله ابن الرفعة[3] ، فإن علم بحاله . . لم يحرُم ـ خلافاً للزركشي من أن **الوجه** : تحريمه عليهما[4] ـ لأن الشخص إذا علم أن غيره يأخذ ماله ليأكله ، أو يعطيه

---

(١) في الأصل : (منفعة) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٧٤) .

(٢) في الأصل : (تلف) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٧٤) .

(٣) المطلب العالي (ق ٣/١٧) مخطوط .

(٤) انظر « أسنى المطالب » (٣/٧٤ ـ ٧٥) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني ←

فَإِنْ أَوْدَعَ صَبِيٌّ مَالاً . . ضَمِنَهُ ٱلْمُودَعُ ، وَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِٱلتَّسْلِيمِ إِلَى ٱلنَّاظِرِ فِي أَمْـرِهِ . . . .

لغيره . . لا يحرُم عليه ، ولا على الآخذ إذا علم رضاه بذٰلك ، ومكروهٌ إذا لم يثق بأمانة نفسه ـ كما جزم به في « أصل المنهاج »[1] ـ إذا لم يعلم بحاله ؛ كما قاله ابن الرفعة أيضاً[2] ، فإن علم بحاله . . فلا كراهة .

* * *

(**فإن أودع صبيٌّ**) أو نحوه ؛ كمجنونٍ ومحجورِ سفهٍ (**مالاً**) عند آخر . . لم يقبله ؛ لعدم الأهلية ، فإن خالف وقَبِل . . (**ضمنه المودَع**) لأنه وضع يده عليه بغير إذنٍ معتبرٍ ، (**ولا يبرأ إلا بالتسليم إلى الناظر في أمره**) كما لو غصبه .

نعم ؛ إن أخذه منه حسبةً خوفاً علىٰ تلفه في يده . . لم يضمنه ؛ كما لو خلص المُحْرِم صيداً من جارحةٍ ، وأمسكه ليحفظه .

ولو أتلف الصبي المودِعُ مالَه بلا تسليط المودَع . . لم يضمن ؛ كما صرَّح به الرافعي[3] ، ومثله البقية ، ولو أودع عبدٌ شيئاً بغير إذن سيِّده . . لم يبرأ المودَع إلا بالردِّ علىٰ سيِّده .

← المحتاج » (٣/١٠٥) : (وقول الزركشي : « في ذٰلك نظر ، **والوجه** : تحريمه عليهما ؛ أما على المالك . . فلإضاعة ماله ، وأما على المودع . . فلإعانته علىٰ ذٰلك » . . ممنوعٌ) .

(١) منهاج الطالبين (ص ٣٦٧) ، وانظر « المحرر » (٢/٨٩٩) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٧/٣) مخطوط ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١٠٥) : (« كره » له قَبولها ، **وهو المعتمد** ؛ خشية الخيانة فيها ، قال ابن الرفعة : ويظهر أن هٰذا إذا لم يعلم المالك الحال ، وإلا . . فلا تحريم ولا كراهة) .

(٣) الشرح الكبير (١٠/٢٢١) .

وَإِنْ أَوْدَعَ صَبِيّاً مَالاً فَتَلِفَ عِنْدَهُ بِتَفْرِيطٍ أَوْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ . . لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ . . ضَمِنَهُ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُهُ . وَمَنْ قَبِلَ ٱلْوَدِيعَةَ . . لَزِمَهُ حِفْظُهَا فِي حِرْزِ مِثْلِهَا . . . .

(**وإن أودع صبياً**) أو مجنوناً أو محجوراً عليه بسفهٍ (**مالاً ، فتلف عنده بتفريطٍ أو غير تفريطٍ . . لم يضمنه**) إذ ليس عليه حفظه ؛ لعدم صحَّة التزامه .

(**وإن أتلفه . . ضمنه**) لعدم تسليطه عليه .

(**وقيل : لا يضمنه**) لأن المودِع سلَّطه عليه ، والرقيق إذا لم يأذن سيدُه . . كالصبي ، لا في ضمان ما تلف بتفريطٍ [1]

[صيغة الوديعة]

ثم أشار إلى الصيغة بقوله : (**ومن قَبِل الوديعة**) لأن من ضرورة القَبول الإيجابَ ، ولا يُشترَط القَبول لفظاً ، ويكفي القبض ؛ كما في الوكالة ، بل أَولىٰ ، لٰكن يُشترَط عدم الردِّ ؛ كما قاله البغوي [2] . . (**لزمه حفظها في حرز مثلها**) لأنه المقصود منها ، قال الماوردي وغيره : (ولا تفتقر الوديعة إلىٰ علم

---

(١) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١٠٧) : (ولو أودع عند رقيق بغير إذن سيده فتلف عنده ما أودعه . . لم يضمنه ، كذا أطلقاه ، وقيَّده الجرجاني بعدم التفريط ، قال : ولا يفارق الرقيق الصبي إلا في هٰذه الحالة ؛ فإن الصبي لا يضمن لو فرط ، وأورد علىٰ حصره : أن الصبي لا يُودَع عنده أصلاً ، ويُودَع عند الرقيق بإذن سيده ، وكلامهما محمولٌ علىٰ ما قيَّد به) .

(٢) التهذيب (٤/٢١٢) .

الوديع بما فيها ، بخلاف اللقطة ؛ لِمَا يلزمه من تعريفها)[١] ، ولا يكفي الوضع بين يديه مع السكوت .

نعم ؛ لو قال الوديع : (أودعنيه) مثلاً ، فدفعه إليه ساكتاً . . فيشبه أن يكفي ذٰلك ؛ كالعارية ، وعليه : **فالشرط** : اللفظ من أحدهما ،/ نبَّه عليه الزركشي تبعاً لشيخه الأذرعي[٢] ٤٢٥/ب

* * *

والإيجاب إما صريحٌ ؛ كـ (أودعتك) ، أو كنايةٌ مع النية ؛ كـ (خذه) ، فإن لم يوجب المالك له ، أو أوجب [ووضعه بين يديه] وردَّ . . ضمن بالقبض ، لا بالتضييع له ؛ كأن ذهب وتركه . . فلا يضمن وإن أثم به في حال غيبة المالك ، وذهابُ الوديع والمالك حاضرٌ كالردِّ .

* * *

[ولو][٣] لم يستحفظ داخلُ الحمَّام الحمَّاميَّ لحفظ ثيابه . . لم يلزمه حفظها ، فلو ضاعت . . لا ضمان عليه وإن نام أو قام من مكانه ولا نائب له ثَمَّ ، فإن استحفظه وقَبِل منه . . لزمه حفظُها .

ولو قال : (هٰذا وديعتي عندك) ، أو : (احفظه) ، فقال : (قبلت الوديعة) ، [أو : ضَعْهُ] فوضعه . . كان إيداعاً ؛ كما لو قبضه بيده ، قاله

---

(١) الحاوي الكبير (١٠/٣٨٦) .

(٢) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٢١١) مخطوط ، قوت المحتاج (٥/٧) .

(٣) في الأصل : (لو) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨٧) .

البغوي(١)، وصحَّحه الرافعي في « الشرح الصغير »(٢)، خلافاً للمتولي في قوله: (إنه لا يصير إيداعاً حتىٰ يقبض)(٣).

* * *

وأحكام الوديعة ثلاثةٌ:

[الحكم الأول: الأمانة]

أوَّلُها: الأمانةُ؛ لأن الوديعَ يحفظها للمالك، فيده كيده، ولو ضمن.. لرغب الناس عن قَبول الودائع، وسواء أكانت بجُعلٍ أم لا؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ﴾(٤)، والوديع محسنٌ في الجملة، فلو أودعها بشرط أن تكون مضمونةً.. لم يصح، أو علىٰ أنه إذا تعدَّىٰ أو فرَّط فيها لا ضمان عليه.. فكذٰلك، فلو فرَّط.. ضمن.

فائدة

[في عدم ضمان ما تلف تحت يدِ أمينٍ من غير تعدٍّ إلا ما استُثني]

قال ابن القاصِّ وغيره: (كل مالٍ تلف في يد أمينٍ من غير تعدٍّ.. لا ضمان عليه إلا فيما إذا استسلف السلطان لحاجة المساكين زكاةً قبل حولها،

---

(١) التهذيب (٥/١١٦).

(٢) الشرح الصغير (ق ٥/٢) مخطوط، وفي « مغني المحتاج » (٣/١٠٦): (ونقل الأذرعي عن « فتاوى القفَّال » ما يوافقه، وهٰذا هو الظاهر).

(٣) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٩/٣) مخطوط.

(٤) سورة التوبة: (٩١).

فَإِنْ قَالَ : (لَا تُقْفِلْ عَلَيْهِ قُفْلَيْنِ) ، . . . .

فتلفت في يده . . فيضمنها لهم)[١] ؛ أي : في بعض صورها المقرَّرة في محلِّها ، قال الزركشي : (**ويلحق بها** : ما لو باع عيناً وحبسها لقبض الثمن الحالِّ ، ثم أودعها عند المشتري فتلفت . . فإنها من ضمانه ، ويتقرَّر عليه الثمن) انتهىٰ[٢] .

والأصح : أنه لا يتقرَّر عليه الثمن مطلقاً ، بل هو كما لو تلف في يد البائع .

* * *

وفي « الكافي » : (لو أودعه دابةً وأذن له في ركوبها ، أو ثوباً وأذن له في لبسه . . فإيداعٌ فاسدٌ ، فلو ركب أو لبس . . صارت عاريةً فاسدةً ، فلو تلفت قبل الركوب أو اللبس . . لم يضمن ؛ كما في صحيح الإيداع ، أو بعده . . ضمن ؛ كما في صحيح العارية)[٣] .

[عوارض الضمان في الوديعة]

فأصل الوديعة : الأمانة ، وإنَّما تُضمَن بالتقصير ، وله أسبابٌ ؛ منها : المخالفة للحفظ في الوديعة ؛ كأن يعدل عن الحفظ المأمور به من المودِع ، وتلفت بسبب العدول ، فيضمن ؛ لأن التلف حصل من جهة المخالفة .

(**فإن قال : لا تُقفِل**) بضم التاء وكسر الفاء (**عليه قُفلَينِ**) أي : لا يُقفِل

(١) التلخيص (ص ٤٥٢) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٣/٨٧) .

(٣) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/٢٢٥) مخطوط .

أَوْ (لَا تَرْقُدْ عَلَيْهَا) ، فَخَالَفَ فِي ذَٰلِكَ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ . وَإِنْ قَالَ لَهُ : (ٱحْفَظْ فِي هَـٰذَا ٱلْحِرْزِ) ، فَنَقَلَهُ إِلَىٰ مَا دُونَهُ . . ضَمِنَ . . . .

عليه إلا واحداً ، أو لا يُقفِل عليه أصلاً ، (**أو لا ترقد عليها ، فخالف في ذٰلك**) أي : قفلَ قُفلَين ، أو رقد عليها ، وتلفت بغير رقاده كسرقةٍ ، أو قال : (لا تغلق الباب) فأغلقه ، أو : (ادفنها في بيتك ولا تبنِ عليها) فبنىٰ . . (**لم يضمن**) لأنه زاد خيراً ، ولم يأتِ التلف ممَّا جاء به .

(**وقيل : يضمن**) لأنه أغرىٰ بذٰلك اللِّصَّ ، فإن تلف بسبب رقاده ، ٤٢٦/أ أو كانت / في صحراء فسُرِقت من جانب لو لم يرقد عليها لرقد فيه[١] ضمن ؛ لمخالفته المؤدِّيةِ إلى التلف .

* * *

(**وإن قال له : احفظ**) هـٰذا المال (**في هـٰذا الحرز ، فنقله**) أي : المال المودَع (**إلىٰ ما دونه**) في الحرز ولو كان حرزَ [مثلِه][٢] . . (**ضمن**) لأنه لم يرضَ به ، فإن كان أحرزَ منه أو مثله . . لم يضمن ؛ حملاً لتعيينه [على اعتبار الحرزيَّة دون التخصيص الذي لا غرض فيه][٣] ؛ كما لو [اكترىٰ][٤] أرضاً لزرع حنطةٍ . . له أن يزرع ما ضرره مثل ضررها .

---

(١) بأن كان يرقد قدام الصندوق فتركه ، فانتهز السارق الفرصة ، أو أمره بالرقاد أمامه فرقد فوقه ، فسرق من أمامه . أفاده في « النجم الوهاج » (٦/٣٦١) .

(٢) في الأصل : (مثلها) ، والتصويب من سياق عبارة « كفاية النبيه » (١٠/٣٢٨) .

(٣) في الأصل : (الذي لا غرض فيه على اعتبار الحرزية) ، والتصويب من « الغرر البهية » (٧/١٥٢) ، وسياق عبارة « تحفة المحتاج » (٧/١١٢) .

(٤) في الأصل : (أكرىٰ) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨٢) .

وَإِنْ نَهَاهُ عَنِ ٱلنَّقْلِ عَنْهُ ، فَنَقَلَهُ إِلَىٰ مِثْلِهِ . . ضَمِنَ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . وَإِنْ خَافَ عَلَيْهِ ٱلْهَلَاكَ فِي ٱلْحِرْزِ فَنَقَلَهُ . . لَمْ يَضْمَنْ ؛ فَإِنْ لَمْ يَنْقُلْ حَتَّىٰ تَلِفَ . . ضَمِنَ . . . .

نعم ؛ لو انهدم عليها الحرز المنقولة إليه . . ضمن للمخالفة ؛ لأن التلف حصل بها .

* * *

(وإن نهاه عن النقل عنه فنقله إلىٰ) حرز (مثله . . ضمن) وإن كان المنقول إليه [أحرز] [١] ؛ لصريح المخالفة .

(وقيل : لا يضمن) لتساوي الحِرْزَينِ ، ومهما كان الموضع للمالك ملكاً أو إجارةً أو إعارةً . . لم يجز إخراجها منه بحالٍ إلَّا لضرورةٍ .

ولو لم يعيّن له المكان ، ولم ينهه عنه ، ولا خوف ، فنقلها من محلَّةٍ إلىٰ أخرىٰ ، أو من دارٍ إلىٰ أخرىٰ دونها في الحرز . . ضمن وإن كانتا قريبتَينِ لا سفر بينهما ولا خوف ، فإن كانت أحرز منها ، أو مثلها ، أو نقلها من بيتٍ إلىٰ آخر حِرْزٍ في دارٍ واحدةٍ ، أو خانٍ واحدٍ وإن كان الأوَّل أحرز . . لم يضمن .

* * *

(وإن خاف عليه الهلاك في الحرز) من غرقٍ أو حريقٍ أو نحوه (فنقله . . لم يضمن) لأنه حينئذٍ يجوز نقلها ، بل يجب إلىٰ حرز مثلها ، ويتعيَّن مثل حرز الأوَّل إن وُجِد ، وإلا . . فلا يتعيَّن ، (فإن لم ينقل حتىٰ تلف . . ضمن) لأن الظاهر : أنه قصد بالنهي نوعاً من الاحتياط ، بخلاف قوله : (لا تعلف الدابة)

(١) في الأصل : (أحوز) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨٢) .

وَقِيلَ : إِنْ نَهَاهُ عَنِ ٱلنَّقْلِ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ قَالَ : (لَا تَنْقُلْ وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهِ ٱلْهَلَاكَ) ، فَخَافَ فَنَقَلَ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ . . . .

وترك علفها ، فإنه لا يضمن ؛ كما سيأتي [1] ؛ لأن نهيه لا يشعر باحتياطٍ .

❊ ❊ ❊

ولو احترق منزله فبادر بإخراج ماله منه قبل إخراج الوديعة منه ، فاحترقت . . لم يضمن ؛ كما لو قدَّم وديعةً علىٰ أخرىٰ ، وإن أمكن إخراجهما معاً . . قال الأذرعي : (**فالظاهر** : الضمان) [2]

❊ ❊ ❊

وإن اختلفا في وقوع الخوف ؛ فإن عُرف . . صُدِّق الوديع بيمينه ، وإلَّا فلا بدَّ من بينةٍ ، فإن لم يكن له بينة . . صُدِّق المالك بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم وقوعه .

(**وقيل : إن نهاه عن النقل . . لم يضمن**) وإن كان عاصياً ؛ لامتثاله لقوله .

(**وإن قال : لا تنقل وإن خفت عليه الهلاك ، فخاف**) عليه ذٰلك (**فنقل . . لم يضمن**) لأنه زاد خيراً بقصده الصيانة ، ولم يضمن بترك النقل أيضاً ؛ كما لو قال له : (أتلف مالي) فأتلفه .

(**وقيل : يضمن**) إن نقل ؛ للمخالفة .

❊ ❊

(١) انظر ما سيأتي (٥/١٠٩) .

(٢) قوت المحتاج (٥/٢٦) ، وانظر « أسنى المطالب » (٣/٨٦) .

ولو عيَّن لها المالك ظرفاً من ظروفه ، فنقلها الوديع منه إلىٰ غيره منها . . لم يضمن ؛ لأن الظرف والمظروف وديعتان ، إلا إن كان الثاني دون المعيَّن . . فيضمن ، وإن كانت الظروف للوديع . . فكالبيوت فيما ذُكِر فيها .

ولو نهاه عن دخول أحدٍ عليها ، أو عن الاستعانة علىٰ حفظها بحارسٍ ، أو عن الإخبار بها ، فخالفه فيه . . ضمن إن أخذها الداخل عليها/في الأولىٰ ، ٤٢٦/ب أو الحارس لها في الثانية ، أو تلفت بسبب الإخبار بها في الثالثة وإن لم يعيِّن موضعها .

* * *

ولو أودعه خاتماً وأمره بوضعه في خِنْصِره ، فحفظه في بِنْصِره . . لم يضمن ؛ لأنه أحرز ، إلا إن جعله في أعلاه أو وسطه أو انكسر لغلظها ؛ لأن أسفل الخنصر أحفظ من أعلى البنصر ووسطه ، ولو قال : (احفظه في بنصرك) ، فحفظه في خنصره . . ضمن ؛ لأنه إذا أمكن لبسه في البنصر . . كان في الخنصر واسعاً ، ولو قال : (احفظ هـٰذا في يمينك) ، فجعله في يساره . . ضمن ، أو بالعكس . . لم يضمن ؛ لأنَّ اليمين أحرز ، ولو كان أعسر . . انعكس الحكم ، ولو كان يعمل بهما على السواء . . كانا سواءً .

* * *

ولو لم يأمره في إيداع الخاتم بشيءٍ ، فوضعه في الخنصر لا في غيرها . . ضمن ؛ لأنه استعمله بلا ضرورةٍ ، بخلاف ما إذا وضعه في غيرها ؛ لأن ذٰلك لا يُعَدُّ استعمالاً ، إلا إن قصد بلبسه فيها الحفظَ . . فلا يضمن ، وغير الخنصر للمرأة في حفظها للخاتم . . كالخنصر ؛ لأنها قد تتختَّم في

وَإِنْ قَالَ لَهُ : (ٱرْبُطْهَا فِي كُمِّكَ) ، فَأَمْسَكَهَا فِي يَدِهِ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَضْمَنُ ، وَٱلثَّانِي : لَا يَضْمَنُ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ قَوْلاً وَاحِداً . . . .

[غيره][1] ، وتردَّد الإسنوي في الخنثىٰ[2] ، وينبغي إلحاقه بالمرأة ؛ تغليظاً عليه[3] .

❊ ❊

(**وإن قال له : اربُطها**) بكسر الموحدة وضمها (**في كمِّك**) أي : شُدَّها فيه ، وفي « البيان » عن الشيخ أبي حامد : أن الربطَ هنا الجعلُ[4] ، والمتبادر الأول ، (**فأمسكها في يده**) فتلفت . . (**ففيه قولان ؛ أحدهما : يضمن**) لأن الكمَّ أحرز ؛ فإنه قد يسهو فيرسل يده فتسقط .

(**والثاني : لا يضمن**) لأن الكمَّ يقدر الطَّرَّار علىٰ قطعه ، فكانت اليد أحرز .

(**وقيل : يضمن قولاً واحداً**) لِمَا مرَّ .

والأصح : طريقةٌ ثالثةٌ ؛ وهي : إن سقطت بنومٍ أو نسيانٍ . . ضمن ؛ إذ لو ربطها . . لم تَضِع بهٰذا السبب ، فالتلف حصل بالمخالفة ، أو تلفت بأخذ غاصبٍ . . فلا يضمن ؛ لأن اليد أحرز من الربط بالنسبة إلى الغصب ، والربط أحرز بالنسبة إلى التلف بالسقوط .

---

(١) في الأصل : (غيرها) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨٢) ، و« مغني المحتاج » (٣/١١٦) .

(٢) المهمات (٦/٣٩٣ ـ ٣٩٤) .

(٣) قال في « مغني المحتاج » (٣/١١٦) : (هٰذا هو المتَّجه) .

(٤) البيان (٦/٤٨٠) .

وإن امتثل أمره وربطها في الكمِّ . . لم يُكلَّف معه إمساكها بيده ، بل إن كان الربط من خارج الكمِّ فأخذها الطرار ـ أي : القاطع ـ . . ضمن ؛ لأن فيه إظهارَها وتنبيهَ الطرار وإغراءَهُ عليها ؛ لسهولة قطعه أو حَلِّه عليه حينئذٍ .

وإن استرسلت بانحلال العقد وضاعت وقد احتاط في ربطها . . لم يضمن ؛ لأنَّها إذا انحلَّت . . بقيت في الكمِّ .

وإن كان الربط من داخله . . فيضمنها إن استرسلت ؛ لتناثرها بالانحلال ، وإن أخذها [الطرار](١) . . لم يضمن ؛ لعدم تنبيهه .

لا يقال : المأمور به مطلق الربط ، وقد أتىٰ به ، فلا ينظر إلىٰ جهة التلف ؛ كما لو قال : (احفظ الوديعة في هٰذا البيت) ، فوضعها في زاويةٍ منه ، فانهدمت عليه . . لا يضمن ، **ولا يقال** : لو كانت في زاويةٍ أخرىٰ . . لسلمت ؛ لأن الربط ليس كافياً علىٰ أيِّ وجهٍ فُرِض ، بل لا بدَّ من تضمُّنه الحفظ ، ولهٰذا لو ربط ربطاً غير محكم . . ضمن وإن كان لفظ الربط يشمل المحكم وغيره ، ولفظ البيت متناولٌ لكلٍّ من زواياه ، والعرف لا يخصِّص موضعاً منه/. 1/٤٢٧

ولو كان عليه قميصان ، فربطها في التحتاني منهما . . **فالظاهر** ـ كما قال الزركشي ـ : أنه لا يضمن ، سواء أربط داخل الكمِّ أم خارجه ؛ لانتفاء المعنى المذكور(٢) .

❊ ❊ ❊

(١) في الأصل : (الطراز) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨١) .
(٢) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٢٢٤) مخطوط .

وَإِنْ قَالَ : (ٱجْعَلْهَا فِي جَيْبِكَ) ، فَجَعَلَهَا فِي كُمِّهِ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ قَالَ : (ٱجْعَلْهَا فِي كُمِّكَ) ، فَجَعَلَهَا فِي جَيْبِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ . . . .

(**وإن قال : اجعلها في جيبك**) وهو أعمُّ من أن يكون في الجنب أو [اللبة][1] أو غير ذٰلك (**فجعلها في كمِّه . . ضمن**) لتركه الأحرز ؛ لأن الجيب أحرز من الكمِّ ، (**وإن قال : اجعلها في كمِّك ، فجعلها في جيبه . . لم يضمن**) لأنه أحرز ؛ كما مرَّ ، إلا إن كان واسعاً غير مزرورٍ . . فيضمن ؛ لسهولة تناولها باليد منه .

قال الماوردي : (ولو كان الجيب مفتوقاً ، ولم يعلم به فسقطت ، أو حصلت بين ثوبيه ولم يشعر بها فسقطت . . ضمنها)[2] .

وفي « الكافي » : (إن كان الثقب موجوداً حين جعلها فيه . . ضمن ، وإن حدث بعده . . فلا) انتهىٰ[3] ، وهٰذا لا ينافي كلام الماوردي .

فإن لم يأمره بربطها في كمِّه ، ولا بإمساكها في يده . . فالحكم كما لو أمره فيما سبق .

❊ ❊

وإن أودعه إيَّاها ، فوضعها في الكمِّ بلا ربطٍ ، فسقطت وهي خفيفةٌ لا يشعر بها . . ضمن ؛ لتفريطه في الإحراز ، أو وهي ثقيلة يشعر بها . . فلا يضمنها ،

---

(١) في الأصل : (اللبنة) ، والتصويب من سياق العبارة ، وعبارة « مغني المحتاج » (٣/١١٣) : (« في جيبه » الذي في جنب قميصه أو لبَّته أو غير ذٰلك) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/٤١٥) .

(٣) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/١٢٦) مخطوط .

وهٰذا إذا لم يكن بفعله ، فلو نفض كمَّه فسقطت . . ضمن وإن كان سهواً ؛ كما قاله القاضي [١] .

ولو وضعها في كور عمامته بلا ربطٍ فضاعت . . ضمن لتقصيره ، ولو أعطاه دراهم بالسوق وقال له : (احفظها في بيتك) . . لزمه الذهاب بها إلىٰ بيته فوراً وحفظها فيه .

نعم ؛ لو كان في دكَّانٍ مثلاً ولم تجر العادة بأنه يذهب إلىٰ بيته إلا أواخر النهار . . ينبغي ألَّا يكون مقصِّراً بهٰذا التأخير .

* * *

وإن أعطاها له في البيت وقال : (احفظها فيه) . . لزمه الحفظ فيه فوراً ، فإن أخَّر بلا مانعٍ . . ضمن لتفريطه ، وإن لم يحفظها فيه وربطها في كمِّه أو شدَّها في عضُده لا ممَّا يلي أضلاعه ، وخرج بها ، أو لم يخرج وأمكن إحرازها في البيت . . ضمن ؛ لأن البيت أحرز من ذٰلك ، بخلاف ما إذا شدَّها في عضده ممَّا يلي أضلاعه ؛ لأنه أحرز من البيت ، قال الأذرعي : (ولم يحصل التلف [زمن] [٢] الخروج من جهة المخالفة ، وإلا فيضمن) [٣] .

قال في « أصل الروضة » : (وفي تقييدهم الصورة بما إذا قال : « احفظها

---

(١) انظر « قوت المحتاج » (٥/٣٥) .

(٢) في الأصل : (من) ، والتصويب من « قوت المحتاج » .

(٣) قوت المحتاج (٥/٣٧) .

وَإِنْ أَرَادَ ٱلسَّفَرَ وَلَمْ يَجِدْ صَاحِبَهَا وَلَا وَكِيلَهُ . . سَلَّمَهَا إِلَى ٱلْحَاكِمِ . . . . .

في البيت » إشعارٌ بأنه لو لم يقل ذلك . . جاز له أن يخرج بها مربوطة ، ويشبه أن يكون الرجوع فيه إلى العادةِ) انتهىٰ [1] ، وهـٰذا ظاهرٌ .

ولو أودعه وهو في حانوته ، فوضعها بين يديه ، فسُرقت . . قال الماوردي : (إن كان وضعها ليتحرَّىٰ لها مكاناً يحرزها فيه . . لم يضمن ؛ لعدم تفريطه ، وإن كان استرسالاً وإهمالاً . . ضمن) [2]

[ما يجب على الوديع إن طرأ له عذر كسفر]

(وإن) حصل له عذرٌ ؛ كأن (أراد السفر) ولو قصيراً ، أو مرض مرضاً مخوفاً ، أو حصل حريقٌ في البقعة ، أو أشرف الحرز على الخراب ولم يجد حرزاً ينقلها إليه ، أو نحو ذلك من الأعذار (**ولم يجد صاحبها ولا وكيله**) في قبضها بخصوصٍ أو عمومٍ لنحو غيبةٍ [3] ، قال ابن الرفعة بحثاً : (إلىٰ مسافة قصرٍ ؛ أخذاً من كلامهم في عدل الرهن) [4] . . (**سلَّمها إلى الحاكم**) الأمين ؛ لأنه نائبٌ عن كل غائبٍ ، وعليه قَبولها ، قال الماوردي : (ويلزمه الإشهاد علىٰ نفسه بقبضها) [5] ، ولا يلزمه قَبول الدَّين ولا المغصوب للغائب ، أما الحاكم

---

(١) روضة الطالبين (٤/٥٨٩) ، وانظر « الشرح الكبير » (٧/٣١٠) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/٤١٦) .

(٣) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١٠٨) : (أي : وكيله مطلقاً ، أو وكيله في استرداد هـٰذه خاصة ؛ ليخرج من العهدة) .

(٤) كفاية النبيه (١٠/٣٤٣) .

(٥) الحاوي الكبير (١٠/٣٩١) .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . سَلَّمَهَا إِلَىٰ أَمِينٍ ، فَإِنْ سَلَّمَ إِلَىٰ أَمِينٍ مَعَ وُجُودِ ٱلْحَاكِمِ . . ضَمِنَ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . . . .

غير الأمين . . فوجوده كالعدم ؛ كما قاله [الماوردي] [1] وغيره [2]

وإنَّما يحملها إلى الحاكم / بعد أن يعرِّفه الحال ويأذن له ، فلو حملها ابتداءً قبل أن يعرِّفه . . ضمن ، قاله الشيخ أبو حامد . ٤٢٧/ب

* * *

وإن كان المالك بالبلد لكنه محبوسٌ لا يصل إليه . . فكالغائب ، وكالحبس : التواري ونحوه ، ويقاس بالمالك وكيلُه عند فَقْده .

(فإن لم يكن) حاكمٌ . . (سلَّمها إلىٰ أمينٍ) يأمنه المودع وغيره ، ولا يُكلَّف تأخير السفر ، وهل يلزمه الإشهاد عليه بقبضها ؟ وجهان ؛ رجَّح بعض المتأخرين اللزوم [3]

* * *

والترتيب المذكور واجبٌ ، (فإن سلَّم إلىٰ أمينٍ مع وجود الحاكم . . ضمن) لعدوله عن الأقوىٰ .

(وقيل : لا يضمن) كما لو كان الحاكم معدوماً ، ونقله الأذرعي عن جمعٍ ، وعن ظاهر نصِّ « الأم » و« المختصر » [4] ، قال الفارقي : (وهٰذا

---

(١) في الأصل : (الصيمري) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١٠/٣٣٤) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/٣٩١) .

(٣) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١٠٨) : (ويجب عليه الإشهاد في أحد وجهين رجَّحه ابن الملقن ؛ فإن الأمين قد ينكر) .

(٤) قوت المحتاج (٥/١٥) ، الأم (٥/٢٩٢) ، مختصر المزني (ص ١٤٧) .

ـ أي : الترتيب بين الحاكم والأمين ـ في غير زمانِنا ، أما فيه . . فلا يضمن بردِّها إلىٰ ثقةٍ مع وجود الحاكم ؛ لِمَا ظهر من فساد الحكَّام) انتهىٰ [١] ، فما بالك بزماننا ؟!

* *

ويغني عن دفعها إلى القاضي أو الأمين الوصيةُ له ، فهو مخيَّرٌ عند فَقْد المالك ووكيله بين ردِّها إلى القاضي والوصية بها إليه ، وعند فَقْد القاضي بين ردِّها للأمين والوصيَّة بها إليه .

والمراد بالوصيَّة بها : الإعلام بها ، والأمر بردِّها مع وصفها بما تتميَّز به ، أو الإشارة [لعينها] [٢] ، ومع ذٰلك : يجب الإشهاد ؛ كما في « الرافعي » عن الغزالي [٣] ، فإن لم يردَّها ولم يوصِ بها لمن ذُكِر كما ذُكِر . . ضمن إن تمكَّن من ردِّها أو الإيصاء بها ، سافر بها أم لا ؛ لأنه عرَّضها للفوات ؛ إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدَّعيها لنفسه ، وحرز السفر دون حرز الحضر ، بخلاف ما إذا لم يتمكَّن ؛ كأن مات فجأةً ، أو قُتِل غيلةً ، أو سافر بها لعجزه عن ذٰلك .

*

ومحلُّ الضمان بغير إيصاءٍ وإيداعٍ : إذا تلفت الوديعة بعد الموت لا قبله علىٰ ما صرَّح به الإمام [٤] ، ومال إليه السبكي [٥] ؛ لأن الموت كالسفر ،

---

(١) فوائد المهذب (ق/٩٦) مخطوط .

(٢) في الأصل : (بعينها) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (٢/ ٢١) ، و« الإقناع » (٢/ ٤٤) .

(٣) الشرح الكبير (٧/ ٢٩٦ ـ ٢٩٧) ، الوسيط (٤/ ٥٠٢) .

(٤) نهاية المطلب (١١/ ٣٩٧ ـ ٣٩٨) .

(٥) فتاوى السبكي (٢/ ٢٧١) .

ولا يتحقَّق الضمان إلَّا به ، وهٰذا أوضح [(١)] من قول الإسنوي : (إنه بمجرَّد المرض يصير ضامناً لها ، حتىٰ لو [تلفت] [(٢)] بآفةٍ في مرضه أو بعد صحَّته . . ضمنها ؛ كسائر أسباب التقصيرات) [(٣)]

* * *

ومحلُّه أيضاً : في غير القاضي ، أمَّا القاضي إذا ماتَ ولم يُوجَد مال اليتيم في تركته . . فلا يضمنه وإن لم يوصِ به ؛ لأنه أمين الشرع ، بخلاف سائر الأمناء ، ولعموم ولايته ، قاله ابن الصلاح ، قال : (وإنَّما يضمن إذا فرَّط) [(٤)] ، قال السبكي : (وهٰذا تصريحٌ منه بأن عدم إيصائه ليس تفريطاً وإن مات عن مرضٍ ، [وهو] [(٥)] الوجه) [(٦)]

ومحلُّه : في القاضي الأمين ؛ كما نقل التصريح به عن الماوردي [(٧)]

قال الأذرعي : (وكل حالةٍ تُعتبَر الوصية فيها من الثلث ؛ كوقوع الطاعون بالبلد . . حكمها حكم المرض المخوف فيما ذُكِر) [(٨)]

---

(١) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١١٠) : (**وهو المعتمد**) .

(٢) في الأصل : (تلف) ، والتصويب من « المهمات » .

(٣) المهمات (٦/٣٩١) .

(٤) فتاوى ابن الصلاح (١/٢٩٢) .

(٥) في الأصل : (هٰذا) ، والتصويب من « أسنى المطالب » .

(٦) انظر « أسنى المطالب » (٣/٧٨) .

(٧) الحاوي الكبير (١٠/٣٩١) .

(٨) قوت المحتاج (٥/٢١) .

وَإِنْ دَفَنَ ٱلْوَدِيعَةَ فِي دَارٍ وَأَعْلَمَ بِهَا أَمِيناً يَسْكُنُ ٱلدَّارَ . . لَمْ يَضْمَنْ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ . وَإِنْ أَوْدَعَهُ بَهِيمَةً ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّىٰ

ولو أودعها المالك مسافراً فسافر بها ، أو منتجعاً فانتجع بها . . فلا ضمان ؛ لرضا المالك به ، وله إذا قدم من سفره / أن يسافر بها ثانياً ؛ لرضا المالك به ابتداءً ، إلا إذا دلَّت قرينةٌ علىٰ أن المراد : إحرازها بالبلد . . فيمتنع ذٰلك ، ذكرهُ القاضي ومُجلِّي وغيرهما[1] ، وقال الإمام : (اللائق بالمذهب : المنع)[2] ، والأول أوجَهُ . 1/428

* * *

(وإن دفن الوديعة في دارٍ) وسافر (وأعلم بها أميناً) يجوز إيداعه (يسكن الدار) أو يراقب الوديعة وإن لم يسكن الدار . . (لم يضمن علىٰ ظاهر المذهب) إن كانت الدارُ حِرزَ مثلها ، سواء أراها الأمينَ أم لا ؛ لأنَّ إعلامه حينئذٍ بمنزلة إيداعه ، فشرطه : فَقْد القاضي ؛ كما عُلِم ممَّا مرَّ .

(وقيل : يضمن) لأن إعلامه به لا إيداع فيه ، فإن لم يُعلِم بها أميناً . . ضمن وإن كانت الدار حرز مثلها ؛ لأنه عرَّضها للضياع ، فإن لم تكن الدار حرز مثلها . . ضمن قطعاً .

* *

(و) من الأسباب المقتضية للضمان : (أن) لا يدفع متلِفاتِها ؛ لوجوب الدفع عليه إذا قدر ؛ لأنه من حفظها الواجب ، فلو (أودعه بهيمةً فلم يعلفها) أو لم يسقها ، ولم ينهه عن ذٰلك ؛ بأن أمره بذٰلك أو سكت عنه (حتىٰ) مضت

---

(1) انظر « قوت المحتاج » (5/19) ، و« أسنى المطالب » (3/77) .

(2) نهاية المطلب (11/381 ـ 382) .

مَاتَتْ . . ضَمِنَهَا . . . .

مدَّةٌ يموت [مثلها][1] فيها ، ثم (ماتت) أو لم تمت[2] . . (ضمنها) لأنه التزم حفظها ، فعليه القيام بما[3] يصونها عن التلف والعيب .

فإن ماتت دون المدَّة المذكورة . . لم يضمنها ، إلا إذا كان بها جوعٌ أو عطشٌ سابقٌ وعلمه . . فيضمن الكل ؛ كما يقتضيه كلام « أصل الروضة »[4] ، خلافاً لِمَا جرىٰ عليه ابن المقري من ضمان القسط فقط[5] ، وتختلف المدَّة باختلاف الحيوانات ، والمرجع إلىٰ أهل الخبرة بها .

* * *

فإن أعطاه المالك علَفاً ـ بفتح اللَّام ـ . . علفها منه ، وإلا . . راجعه أو وكيلَه [ليعلفها] أو يستردَّها .

فإن فقدهما . . راجع القاضي ليقترض على المالك ، أو يؤجِّرها ويصرف الأجرة في مؤنتها ، أو يبيع جزءاً منها أو جميعها ، ويرجع في الإنفاق بالإذن ـ ولو من الحاكم ، أو بالإشهاد عند فَقْده ـ على المالك ؛ كما في هرب الجَمَّال .

---

(١) في الأصل : (مثله) ، والتصويب من « نهاية المحتاج » (٦/١٢١) .
(٢) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١١١) : (وإن لم تمت ؛ كما صرَّح به في « الروضة » كـ « أصلها » ، ونقله المصنف في « نكته » عن البغوي) .
(٣) في الأصل : (فعليه القيام بها بما) ، والتصويب من « حاشية الجمل علىٰ شرح المنهج » (٤/٨٠) .
(٤) روضة الطالبين (٤/٥٨٢) ، وانظر « الشرح الكبير » (٧/٣٠١ ـ ٣٠٢) .
(٥) روض الطالب (١/٥١٩) .

وَإِنْ قَالَ : (لَا تَعْلِفْهَا) ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّىٰ مَاتَتْ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ . . . .

نعم ؛ لو كانت راعيةً ووجد ثقةً يسرحها معه ، وأنفق في هـٰذه الحالة . . لم يرجع ؛ كما قاله الزركشي [1].

❊ ❊ ❊

(وإن) نهاه مالكها عن ذٰلك بأن (قال) له : (**لا تعلفها**) أو : لا تسقها ، (**فلم يعلفها**) أو لم يسقها (**حتىٰ ماتت . . لم يضمن**) للإذن في إتلافها ؛ كما لو قال : (اقتل دابتي) فقتلها ، لـٰكنه يعصي ؛ لحُرمةِ الروح ، قال الماوردي : (وعليه أن يأتي الحاكم ؛ ليجبر المالك علىٰ علفها) [2] ؛ أي : أو سقيها .

(**وقيل : يضمن**) لتعدِّيه بالعصيان .

❊ ❊

وهل يضمن نخيلاً استودعها لم يأمره المالك بسقيها فتركه ؛ كالحيوان ، أو لا ؟ **وجهان** ؛ صحَّح منهما الأذرعي الثاني ، **وفرق** : بحرمة الروح ، قال : (**والظاهر** : أن محلَّ الوجهين فيما لا تشرب بعروقها ، وفيما إذا لم ينهه عن سقيها) [3].

---

(١) انظر « حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب » (٣/٧٨) ، و« مغني المحتاج » (٣/١١٢) .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/٣٩٩) .

(٣) قوت المحتاج (٥/٢٩) ، وانظر « أسنى المطالب » (٣/٧٩) .

أما نهي غير المالك من وليٍّ أو غيره [1] . . فكالعدم إذا علم الوديع بالحال ؛ كما قاله الأذرعي ، قال : (وينبغي أن رعي الكلأ في حقِّ أهل البادية . . كالعلف في حقِّ أهل الحضر) انتهىٰ [2]

وإن نهاه عن ذٰلك لعلَّةٍ بها تقتضي المنع كقولنج ، فخالف وفعل والعلَّة موجودةٌ ، فماتت بسبب ذٰلك . . / ضمن ؛ لتسببه في تلفها [3] ٤٢٨/ب

* * *

ولو ترك عند صاحب الخان مثلاً حماراً ، وقال له : (احفظه كي لا يخرج) ، فلاحظه ، فخرج في بعض غفلاته . . لم يضمن ؛ لأنه لم يقصِّر في الحفظ المعتاد .

* * *

ويجب على الوديع نشر الصوف ونحوه ، ولبسه إن احتاج إلىٰ ذٰلك ، فإن لم يفعل ولم ينهه المالك عنه ، وعلم به . . ضمنه ، سواء أمره المالك أم سكت .

أما إذا نهاه عنه ، أو لم يعلم به ؛ كأن كان في صندوقٍ مقفلٍ . . فإنه لم يضمنه ، فلو كان ما يحتاج إلىٰ لبسه لا يليق به ؛ لضيقه أو صغره ، أو لا يجوز

---

(١) كأن أودع الولي حيوان محجوره . أفاده الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١١١) .

(٢) قوت المحتاج (٥/٢٨ ، ٣٠) .

(٣) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١١١) : (كذا أطلقاه ، قال ابن شهبة : وينبغي أن يقيد الضمان بما إذا علم بعلَّتها) .

وَإِنْ أَوْدَعَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ سَفَرٍ وَلَا ضَرُورَةٍ . . ضَمِنَ . . . .

له لبسه ؛ كأن كان أكثره حريراً أو نحو ذٰلك . . ألبسه من يليق به لبسه بهٰذا القصد قدرَ الحاجة ، ويلاحظه كما قاله الأذرعي [١] ، ولو لم يجد من يلبس ما لا يجوز له لبسه ، أو وجده ولم يرضَ إلا بأجرةٍ . . هل يجوز له لبسه أو لا ؟ **لم أر من تعرَّض له ، والظاهر** : الجواز في الأوَّل ، ومراجعة الحاكم في الثاني ؛ ليقترض على المالك . . . إلىٰ آخر ما مرَّ .

وظاهر كلامهم : أنه ليس للوديع إذا كان لبسُهُ أو علفُهُ للدَّابة يُقابَل بأجرةٍ أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجعل له أجرةً في مقابلة ذٰلك ؛ لأن هٰذا ممَّا يُسامَح به [٢] .

[من بعض عوارض التضمين]

ومن الأسباب المقتضية للضمان : ما ذكره بقوله : (**وإن أودع**) المودَعُ (**عند غيره**) ولو عبدَه أو زوجتَه أو ولدَه ، أو قاضياً بلا إذنٍ من المودِع (**من غير سفرٍ ولا ضرورةٍ**) من الأعذار المتقدِّمة . . (**ضمن**) لأن المودِع لم يرضَ بأمانة غيره ، بخلاف ما لو أودعها غيرَه لعذرٍ كما مرَّ [٣] .

---

(١) قوت المحتاج (٢٩/٥) .

(٢) استظهر الشارح رحمه الله تعالىٰ أن له ذٰلك في « مغني المحتاج » (١١٢/٣) ، وعبارته : (ولو كانت ثياب الصوف كثيرة يحتاج لبسها إلىٰ طول زمن يقابل بأجرةٍ . . هل له أن يرفع الأمر إلى الحاكم ؛ ليجعل له أجرةً في مقابلة لبسها ؟ لم أر من ذكره أيضاً ، والظاهر : أن له ذٰلك ؛ إذ لا يلزمه أن يبذل منفعته مجاناً كالحرز) .

(٣) انظر ما تقدم (١٠٣/٥) .

وَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ ٱلْأَوَّلَ وَٱلثَّانِيَ ؛ وَإِنْ ضَمَّنَ ٱلثَّانِيَ . . رَجَعَ عَلَى ٱلْأَوَّلِ . وَإِنْ خَلَطَ ٱلْوَدِيعَةَ بِمَالٍ لَهُ لَا يَتَمَيَّزُ . . ضَمِنَ . . . .

(و) حيث ضَمَّنَّاه . . كان (**له أن يُضمِّن الأول والثاني ، وإن ضمَّن الثاني**) وهو جاهلٌ بالحال . . (**رجع على الأول**) بخلاف العالم ؛ فإنه غاصبٌ لا مودَع .

وإذا لم يُزِل يده عنها . . جازت الاستعانة بمن يحملها ولو أجنبياً إلى الحرز ، أو يعلفها أو يسقيها ، أو يضعها في خزانةٍ مشتركةٍ بينه وبين الغير كابنه ؛ لأن العادة جرت بذلك .

* * *

ومن الأسبابِ المقتضية للضمان : الانتفاع بها ، أو خلطها بغيرها ؛ كما قال : (**وإن خلط الوديعة**) عمداً (**بمالٍ له لا يتميَّز**) عنه بسهولةٍ ـ كما قاله الزركشي ـ بنحو سكةٍ . . (**ضمن**) ها ولو خلطها بأجود منها أو قلَّ [ما][1] خُلِط به ؛ كما قاله الإمام[2] ؛ لأن ذلك خيانةٌ ، فإن خلطها سهواً ، أو تميَّزت ؛ كأن كانت دراهم فخلطها بدنانير . . فلا ضمان ، إلا أن يحصل نقصٌ بالخلط . . فيضمن .

* * *

ولو قطع الوديع يد دابةٍ ، أو أحرق بعض الثوب المودَع عنده خطأً . . ضمن المتلَف لتفويته ، دون الباقي ؛ لعدم تعدِّيه فيه ، أو عمداً أو شبهه . . ضمنهما جميعاً لتعدِّيه .

* * *

---

(١) في الأصل : (مما) ، والتصويب من سياق عبارة « نهاية المطلب » .
(٢) نهاية المطلب (١١/٤١٨) .

فإن قيل : قد سَوَّوا في الضمان بين العمد والخطأ .

أُجيب : [**بأن محلَّها**][1] : في ضمان الإتلاف ؛ كما في البعض المُتلَف في مسألتنا ، لا في ضمان التعدِّي ؛ كما في الباقي فيها ؛ إذ لا تعدِّي فيه .

* * *

1/429 ولو خلط دراهم / كيسَينِ مثلاً غيرِ مختومَينِ ، ولم تتميَّز بسهولةٍ ـ كما مرَّ ـ لمودِعٍ أو مودِعَينِ . . ضمن ؛ لمخالفته للغرض في التفريق ، فإن كانا مختومَينِ أو أحدُهما . . صار ضامناً بفَضِّه وإن لم يخلط .

وهل تُضمن بعدِّ أو وزنِ الدراهم أو ذرع الثياب لمعرفتها ؛ لأن ذٰلك نوع تصرُّفٍ ، أو لا ؛ لأنه ربَّما أراد به الاحتياط ؟ **وجهان** ؛ **أرجحهما** ـ كما جزم به صاحب « الأنوار » ـ : عدم الضمان ، معلِّلاً له بأن الشرع ورد بذٰلك في اللقطة ، وهي أمانةٌ شرعيَّةٌ ، فهٰذه أَولىٰ[2]

* *

ولو أخذ من الدراهم درهماً ، وردَّ بدله إليها . . لم يملكه المالك إلا بالدفع إليه ، ولم يبرأ من ضمانه ، ثم إن لم يتميز عنها . . ضمن الجميع ؛ لخلطه الوديعة بمال نفسه ، وإن تميَّز عنها . . فالباقي غير مضمونٍ عليه ، وإن تميَّز عن بعضها بصفةٍ كسوادٍ أو سكةٍ . . ضمن ما لا يتميَّز خاصَّة ؛ كما قاله الماوردي[3]

---

(1) في الأصل : (بأنه محله) ، والتصويب من سياق عبارة « أسنى المطالب » (٣/٨٠) ، والضمير في (محلها) يعود إلى التسوية .

(2) الأنوار لأعمال الأبرار (٢/٣٢٨) .

(3) الحاوي الكبير (١٠/٣٩٧) .

فَإِنِ ٱسْتَعْمَلَهَا ، أَوْ أَخْرَجَهَا مِنَ ٱلْحِرْزِ لِيَنْتَفِعَ بِهَا . . ضَمِنَ ، وَإِنْ نَوَىٰ إِمْسَاكَهَا لِنَفْسِهِ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ . . . .

فلو ردَّه بعينه إليها . . لم يضمن سواه من بقية الدراهم وإن تلفت كلها أو لم يتميَّز هو عنها ؛ لأن هٰذا الخلط كان حاصلاً قبل الأخذ ، وإن تلف نصفها مثلاً . . ضمن نصف الدرهم فقط ، هٰذا إن لم يفضَّ ختماً أو [قفلاً] [1] على الدراهم ، فإن فضَّه . . ضمن الجميع ؛ لأن الفضَّ يقتضي الضمان .

* * *

(**فإن استعملها**) كأن لبس الثوب أو ركب الدابة بغير عذرٍ ولو ظانّاً أنها ملكُه (**أو أخرجها من الحرز لينتفع بها**) كأن أخذ الثوب ليلبسه ، أو الدراهم لينفقها غير ظانٍّ أنها ملكه . . (**ضمن**) ها بما ذُكِر ؛ أي : صارت مضمونةً عليه ؛ كالمغصوبة وإن لم يلبس ولم ينفق في الثانية ؛ لاقتران الفعل بنية التعدِّي ، والضمان من وقت الأخذ ، لا من وقت النية .

أما إذا استعملها لعذرٍ ؛ كلبسه لدفع الدود ، أو ركوبه الدابة لجماحها ، أو أخرجها ظانّاً أنها ملكه ولم يستعملها . . فلا ضمان عليه ؛ كما عُلِم ممَّا مرَّ .

* * *

(**وإن نوىٰ إمساكها**) أي : قصده جزماً (**لنفسه**) ولم يأخذها . . أثم و(**لم يضمن**) لأنه لم يُحدِث فعلاً ، بخلاف ما لو نواه ابتداءً . . فإنه يضمن .

(**وقيل : يضمن**) لنية الخيانة .

---

(١) في الأصل : (نقلاً) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/ ٨٠) .

ولو أُخِذت منه قهراً . . لم يضمن ؛ إذ لا تقصير منه ، وإن أعلم بها الوديعُ ولو مع غيره مَن يصادر المالكَ ، وعيَّن له موضعها ، فضاعت بذٰلك . . ضمن ؛ لمنافاة ذٰلك الحفظَ ، بخلاف ما إذا أعلمه غيرُ الوديع . . فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يلتزم الحفظ ، وبخلاف ما إذا ضاعت بغير ذٰلك ، أو به ولم يعيِّن موضعها ، وقضية كلام « أصل الروضة » : أنه يضمن ولو أعلمه بها كرهاً[1] ، قال السبكي : (ويجب القطع به ؛ لليد والتزام الحفظ)[2] ، وما نقله الماوردي عن مذهب الشافعي من أنه لا يضمن حينئذٍ[3] . . حمله الزركشي على قرار الضمان[4] .

* * *

ولو أكرهه علىٰ تسليمها ، فسلَّمها له . . ضمن لتسليمه ، وقرار الضمان على المُكرِه .

٤٢٩/ب ويجب على الوديع إنكارها عن الظالم جُهْدَه ، وله أن يحلف علىٰ ذٰلك ،/ قال الأذرعي : (ويجب أن يورِّيَ ؛ لئلا يحلف كاذباً ، ويتَّجه وجوب الحلف إذا كانت الوديعة رقيقاً ، والظالم يريد قتله أو الفجور به) انتهىٰ[5]

ويكفِّر عن يمينه ؛ لأنه كاذبٌ فيه ، وإن حلف بالطلاق أو العتق مكرهاً . .

---

(١) روضة الطالبين (٥٩٢/٤) ، وانظر « الشرح الكبير » (٣١٣/٧) .

(٢) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٢٠٧/٥) مخطوط .

(٣) الحاوي الكبير (٤١٣/١٠) .

(٤) خادم الرافعي والروضة (ق ٢٢٦/٩) مخطوط .

(٥) قوت المحتاج (٤٢/٥) .

حنث ؛ لأنه قد فدى الوديعة بزوجته أو رقيقه ، وإن اعترف بها وسلَّمها . . ضمن ؛ لأنه فدىٰ زوجته أو رقيقه بها .

* * *

وإن أعلم اللصوص بمكانها فضاعت بذٰلك . . ضمن ؛ لمنافاة ذٰلك الحفظَ ، بخلاف ما إذا أعلمهم بأنها عنده ولم يعيِّن مكانها .

ولو فتح قفلاً عن صندوق فيه وديعةٌ ، أو ختماً عن كيسٍ كذٰلك ، لا رباطاً ، أو خرق الكيس عنها ، لا من فوق الختم ، أو أودعه دراهم مثلاً مدفونة فنبشها . . ضمن ـ وإن لم يأخذ شيئاً ـ المظروفَ ؛ لأنه هتك الحرز ، وكذا الظرف في أحد وجهين رجَّحه شيخنا شيخ الإسلام زكريا(١) ؛ لأنه من الوديعة ، بخلاف ما لو فتح الرباط الذي يُشَدُّ به رأس الكيس ؛ لأن القصد منه منع الانتشار ، إلا أن يكون [مكتوماً](٢) عنه [فيضمن] ، وبخلاف خرقٍ لكيسٍ من فوق الختم . . لا يضمن إلَّا نقصان الخرق .

نعم ؛ إن خرقه متعمِّداً . . ضمن جميع الكيس .

[الحكم الثاني : وجوب ردِّ الوديعة إن طلبها المالك]

الحكم الثاني : وجوب ردِّها عند بقائها علىٰ مالكها إذا [طلبها](٣) ، وإليه

---

(١) أسنى المطالب (٣/٧٩) .

(٢) في الأصل : (مكتوباً) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٣/١١٦) .

(٣) في الأصل : (أطلبها) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٣/١١٨) .

وَإِنْ طَالَبَهُ بِهَا ، فَمَنَعَهَا مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ . . ضَمِنَ . . . .

أشار بقوله : (**وإن طالبه**) أي : المالكُ ـ وهو أهلٌ للقبض ـ الوديعَ (**بها**) أي : الوديعة (**فمنعها من غير عذرٍ . . ضمن**) لتعدِّيه بذٰلك ، فيلزمه الردُّ ؛ بأن يخلي بينه وبينها ، وليس عليه حملها له ، ولا له إلزام المالك الإشهادَ وإن كان أشهد عليه عند الدفع ؛ فإنه مصدَّقٌ في الدفع .

نعم ؛ لو كان الذي أودعه حاكماً ، ثم طالبه . . فعليه أن يُشهد بالبراءة ؛ لأنه لو عُزل . . لم يُقبَل قوله ، قاله الإصطخري [١] ، ويجيء مثله إذا كان المودِع ينوب عن غيره بولايةٍ أو وصيَّةٍ .

* *

أمَّا إذا أخَّر بعذرٍ كصلاة ، أو كان في حمَّامٍ ، أو علىٰ طعامٍ ، وتلفت . . فلا ضمان ، أو كان مالكها ليس أهلاً للقبض ؛ كأن حُجِر عليه بسفهٍ ، بل لا يجوز له الرَّدُّ ويضمن ؛ كما لو وضعها في يده وهو نائمٌ ، ووارث المالك مثله .

ولو طالب الوديعُ المالكَ بأخذ وديعته . . لزمه أخذها ؛ كما قاله النووي في « نكت هٰذا الكتاب » [٢] ، فإن لم يسترجعها منه مع تمكُّنه . . سقط عنه حفظها ؛ كما قاله الماوردي [٣] .

ولو بعث شخصٌ رسولاً لقضاءِ حاجةٍ وأعطاه خاتمه [أمارةً] لمن يقضي

(١) انظر « النجم الوهاج » (٦/٣٧١) .
(٢) نكت التنبيه (ق/٩٧) مخطوط .
(٣) الإقناع في الفقه الشافعي (ص ١١٣) .

له الحاجة وقال : قل له : (رُدُّه عليَّ بعد قضاء الحاجة) ، فوضعه بعد قضائها في حرز مثله ، ولم يردُّه . . لم يضمن ؛ إذ لا يجب عليه إلا التخليةُ ؛ كما مرَّ ، لا النقلُ وتحمُّلُ المؤنة .

* * *

ولو أودع شخصٌ معروفٌ باللصوصيَّة وديعةً عند آخر ، ثم طالبه بالردِّ وغلب علىٰ ظنِّه أنها لغيره . . هل يلزمه الردُّ ، أو يتوقَّف فيه ويطلب صاحبها ؛ أي : بالتعريف / عليها ، فإن لم يظهر مع امتداد الزَّمان . . ردَّها إليه ؟ احتمالان في « البحر »[(١)] ، **والذي يظهر** : وجوب الردِّ ؛ لأن يده عليها ، والظاهر [أنها][(٢)] عن حقٍّ . ١/٤٣٠

* * *

ولو قال له المالك : (أعطِ وكيلي فلاناً) ، وتمكَّن . . ضمن بالتأخير ولو لم يطالبه الوكيل ، إلا إن أخَّر ليشهد عليه بالقبض . . فإنه [لا][(٣)] يضمن ؛ لأن الوكيل يُصدَّق بيمينه في عدم الردِّ عليه .

فإن قال له : (أعطِ أحد وكلائي) ، وطلبها واحدٌ وأخَّر ليعطيها غيره منهم . . ضمن لتقصيره ، وعصىٰ إن قال له المالك : (ولا تؤخِّر) ، بخلاف ما إذا لم يقل ذٰلك ؛ لأنَّ الأمر لا يقتضي الفور .

فإن قال له : (أعطها من شئت منهم) . . لم يعصِ بالتأخير ليعطي

---

(١) بحر المذهب (١٠٣/٩) .

(٢) في الأصل : (أنه) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٣) في الأصل : (لم) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَمَتَىٰ تَعَدَّىٰ فِيهَا ثُمَّ تَرَكَ ٱلتَّعَدِّيَ . . لَمْ يَبْرَأْ مِنَ ٱلضَّمَانِ ؛ . . . .

آخرَ ، وفي الضمان **وجهان** ، قال الأذرعي : (**أشبههما** : المنع)[1]

* * *

ويضمن بتأخير الردِّ مَن [وجد][2] ضالةً عرف مالكها وتمكَّن من إعطائها له ، ومن وجد ما طيَّرته الريح إلىٰ داره كذٰلك ؛ لأن الأماناتِ الشرعيَّةَ تنتهي بالتمكُّن [من الردِّ] وإن لم يطالبه المالك .

ولو عرف الملتقط مالك اللقطة فلم يخبره بها حتىٰ تلفت ، أو عزل قيِّم الطفل أو نحوه أو المسجدِ نفسَه ولم يخبر الحاكم بما تحت يده حتىٰ تلف ، أو أخَّر القيِّم [بيعَ][3] ورق فِرْصادِ طفلٍ ونحوه حتىٰ مضىٰ وقته . . ضمن ، إلا إن ارتقب بتأخير بيعه رواجاً له فرخص . . فلا يضمن .

* *

ولو أودعه شخصان مشتركاً بينهما . . لم يُعطِ أحدهما حصَّته وإن طلبها إلا بالحاكم ؛ بأن يرفع الأمر إليه ليقسمه ويدفع إليه حصَّته منه إن انقسم ؛ لاتفاقهما على الإيداع ، فكذا في الاسترداد .

* * *

(**ومتىٰ تعدَّىٰ فيها**) بانتفاعٍ أو غيره (**ثم ترك التعدِّي . . لم يبرأ من الضمان**) كما لو جحدها ثم اعترف بها ، ولو بقيت في يده مدَّةً لمثلها أجرةٌ . .

---

(١) قوت المحتاج (٥/٥٠) .

(٢) في الأصل : (واحد) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨٤) .

(٣) في الأصل : (ببيع) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨٧) .

فَإِنْ أَحْدَثَ لَهُ ٱلْمَالِكُ ٱسْتِئْمَاناً . . بَرِئَ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِيلَ : لَا يَبْرَأُ حَتَّىٰ يَرُدَّهَا عَلَىٰ صَاحِبِهَا . وَلِلْمُودِعِ وَٱلْمُودَعِ فَسْخُ ٱلْوَدِيعَةِ مَتَىٰ شَاءَ . فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . . .

لزمه أجرتها ، (**فإن أحدث له المالك استئماناً**) كأن قال : (استأمنتك عليها) ، أو أبرأه ، أو أمره بردِّها إلى الحرز . . (**برئ علىٰ ظاهر المذهب**) لأن المالك أسقط حقَّه .

(**وقيل : لا يبرأ حتىٰ يردَّها علىٰ صاحبها**) أو علىٰ وكيله أو من يقوم مقامهما .

وخرج بـ (**المالك**) : الوليُّ والوكيل ونحوهما ، فيمتنع عليهم ذٰلك ، فلو قال المالك في الابتداء : (أودعتك ؛ فإن خنت ثم تركت الخيانة . . [عُدتَ أميناً لي) ، فخان ثم ترك الخيانة] . . لم يَعُدْ أميناً ، وعنه احترز الشيخ بقوله : (أحدث) .

[الحكم الثالث : الوديعة جائزةٌ من الطرفين]

الحُكم الثالث : الجواز من الجانبين ، **وإليه أشار بقوله** : (**وللمودِع**) بكسر الدال (**والمودَع**) بفتحها ؛ كما رأيته في نسخةٍ معتمدةٍ ، ويصح عكسه (**فسْخُ الوديعة متىٰ شاء**) لأنها عقدٌ جائزٌ ، فإذا فسخ . . صارت الوديعة في يد الوديع أمانةً شرعيَّةً ؛ كالثوب الذي طيَّرته الريح إلىٰ داره ، ولزمه الرَّدُّ وإن لم يُطلَب منه ؛ كما مرَّتِ الإشارة إليه (١) ، فإن أخره بلا عذرٍ . . ضمن .

(**فإن مات أحدهما أو جُنَّ أو أُغمي عليهِ**) أو حُجر عليه بسفهٍ . .

---

(١) انظر ما تقدم قريباً (٥/١١٩) .

ٱنْفَسَخَتِ ٱلْوَدِيعَةُ . وَإِنْ قَالَ ٱلْمُودَعُ : (رَدَدْتُ إِلَيْكَ ٱلْوَدِيعَةَ) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ . . . .

(انفسخت الوديعة) كالوكالة ، وتنفسخ أيضاً : بجحود الوديع المضمِّن ، وبكل فعلٍ يتضمَّن الإقرار بها/ لآخر ، وبنقل المالك الملك فيها ببيعٍ ونحوه . ٤٣٠/ب

ولو وكَّله في إجارتها فأجَّرَها وانقضت مدَّة الإجارة . . عادت وديعةً عند عامة الأصحاب .

[دعوىٰ ردِّ الوديعة]

(وإن قال المودَع) وهو مستمرٌّ علىٰ أمانته : (رددت إليك) أي : إلىٰ من ائتمنه من مالكٍ ووليٍّ ووصيٍّ وقيِّمٍ وحاكمٍ (الوديعةَ . . فالقول قوله) بيمينه ؛ كالتلف ، سواء أشهد عليه بها عند الدفع أم لا ؛ لأنه ائتمنه ، فلو ضمنها بتفريطٍ أو عدوانٍ . . لم تقبل دعواه الردَّ .

ولو ادعى الرَّدَّ علىٰ غير من ائتمنه كوارثه ، أو ادَّعىٰ وارثُ المودَعِ الردَّ منه لا من مورِّثه على المالك ، أو أودع عند سفره أميناً فادَّعى الأمين الردَّ على المالك . . طُولِب كلٌّ ممَّن ذُكِر ببينةٍ بالردِّ علىٰ من ذكره ، فإن ادَّعى الردَّ من مورِّثه . . صُدِّق بيمينه ؛ كما قاله البغوي [1] ، وقال الرافعي : (إنه الوجه) [2] ، وصحَّحه ابن أبي الدم [3]

❋

(١) التهذيب (٥/١٢٧) .

(٢) الشرح الكبير (٧/٣١٩) .

(٣) أدب القضاء (٢/٣٧٩ ـ ٣٨٠) .

وَإِنْ قَالَ : (أَمَرْتَنِي بِٱلدَّفْعِ إِلَىٰ زَيْدٍ) ، فَقَالَ زَيْدٌ : (لَمْ يَدْفَعْ إِلَيَّ) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ زَيْدٍ . . . .

وجحودها بلا عذرٍ بعد طلب المالك لها مضمِّنٌ ؛ لخيانته ، بخلاف ما لو جحدها بلا طلبٍ من مالكها وإن كان الجحد بحضرته ومع قوله : (لي وديعة) لأن إخفاءها أبلغ في حفظها[1] ، وبخلاف ما لو جحدها بعذرٍ ؛ كدفع ظالمٍ عن مالكها ـ كما بحثه الزركشي[2] ـ أو غلطٍ أو نسيانٍ وصدَّقه المالك .

والحكم المذكور يجري في كل أمينٍ ؛ كوكيلٍ وشريكٍ وعامل قراضٍ ووليِّ محجورٍ ، إلَّا المرتهنَ والمستأجرَ ؛ فيُصدَّقان في التلف لا في الردِّ ، بل التصديق في التلف يجري في غير الأمين كالغاصب ، لٰكنه يغرم البدل ، وقد تقرَّر معظم ذٰلك في محلِّه ، ولا يُصدَّق الولي ونحوه في الردِّ ؛ لادِّعائه ذٰلك علىٰ غير من ائتمنه .

* * *

(وإن قال) الوديع : **(أمرتني بالدفع إلىٰ زيدٍ)** وقد دفعتُها إليه ، **(فقال زيدٌ : لم يدفع إليَّ)** ذٰلك . . **(فالقول قول زيدٍ)** بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم الدفع ، وهو لم يأتمنه ، فلو كان زيدٌ مالك الوديعة ، وقد أودعها عند

---

(١) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/١٢٠) : (أو جحدها بلا طلبٍ من مالكها ؛ كقوله ابتداءً : لا وديعة لأحدٍ عندي . . فإنه لا يضمن ؛ لأن إخفاءها أبلغ في حفظها ، ولو لم يطلبها المالك ، ولٰكن قال : لي عندك وديعة ، فأنكر . . لم يضمن أيضاً على **الأصح** ؛ لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح) .

(٢) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٢٢٩) مخطوط .

وَإِنْ قَالَ : (هَلَكَتِ ٱلْوَدِيعَةُ) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَإِنْ قَالَ : (أَخْرَجْتُهَا مِنَ ٱلْحِرْزِ) ، أَوْ (سَافَرْتُ بِهَا لِضَرُورَةٍ) : فَإِنْ كَانَ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ ؛ كَٱلْحَرِيقِ وَٱلنَّهْبِ وَمَا أَشْبَهَهُمَا . . . .

[الآمر][1] ، وأذن له في إيداعها عند المودَع . . كان القول قول الدافع ؛ لأنه ائتمنه ؛ كما قاله الماوردي[2] ، وهٰذه داخلةٌ فيما مرَّ ، وليست كإيداع المودَع عند سفره أميناً ؛ لأن ذٰلك الأمين لم يأتمنه المالك .

[دعوىٰ تلف الوديعة]

(**وإن قال**) الوديع : (**هلكت الوديعة**) ولم يذكر سبباً . . (**فالقول قوله**) بيمينه ؛ لأنه ائتمنه ، ولا يلزمه بيان السبب .

(**وإن قال : أخرجتها من الحرز ، أو سافرت بها لضرورةٍ**) مجوّزةٍ للإخراج والسفر وقد تلفت ، وأنكر المالك ذٰلك (**فإن كان**) الإخراج أو المسافرة (**بسببٍ ظاهرٍ ؛ كالحريق والنهب وما أشبههما**) كالغرق ، وادَّعى التلف به ؛ فإن عُرف ذٰلك وعمومُه ولم يُتَّهم . . صُدِّق بلا يمينٍ ؛ لاحتمال ما ادَّعاه مع قرينة العموم ، فإن اتُّهِم . . حلف وجوباً ، بخلاف نظيره في [الزكاة][3] فإنه

---

(١) في الأصل : (الأمين) ، والتصويب من « الحاوي الكبير » .

(٢) الحاوي الكبير (١٠/٤٠٨) .

(٣) في الأصل : (الوكالة) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (٢/٢٣) ، قال البجيرمي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ شرح المنهج » (٣/٢٩٧) : (قوله : « بخلاف نظيره من الزكاة » أي : فيما لو طلب من المالك دفع الزكاة ، فادَّعىٰ تلف المال بسببٍ ظاهرٍ ؛ كحريقٍ ونهبٍ واتُّهم ؛ فإنه يحلف ندباً . شيخنا) .

لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، ثُمَّ يَحْلِفُ أَنَّهَا هَلَكَتْ بِذَٰلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بِسَبَبٍ خَفِيٍّ . . قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . . . .

يحلف ندباً ؛ عملاً بالأصل في البابين ، وإن عُرف / دونَ عمومه . . صُدِّق بيمينه في التلف به ؛ لاحتماله (١) 1/431

وإن جُهل ما ذُكِر . . (**لم يقبل إلا ببينةٍ**) على وجوده (**ثم يحلف أنها هلكت بذٰلك**) لاحتمال أنها لم تتلف به ، فإن لم تقم بينةٌ . . فالقول قول المالك ، وحكى الإمام في تحليفه على نفي السبب وجهين (٢) ، وينبغي تحليفه ، وإن أقامها ولٰكن نكل عن اليمين . . حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحقَّ .

* * *

(**وإن كان بسببٍ خفيٍّ**) كسرقةٍ وادَّعى التلف به . . (**قُبِل قوله مع يمينه**) بغير إقامة البينة على ذٰلك ، وعدَّ المتولي الغصب من الأسباب الظاهرة (٣) ، وألحقه البغوي بالسرقة (٤) ، **وهو الأقرب عند الرافعي** (٥) ، وظاهر كلام **الشيخ** : أن التفصيل المذكور في سبب الإخراج ، وقد قرَّرته في سبب التلف أيضاً .

قال الولي العراقي بعد كلامٍ اعترض به على الشيخ : (**قلت** : فاكتفى « التنبيه » بذكر ذٰلك ـ أي : التفصيل المذكور ـ في سبب الإخراج عن ذكره

---

(١) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .

(٢) نهاية المطلب (١١/٤٠٣ ـ ٤٠٤) .

(٣) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/١٢٥) مخطوط .

(٤) التهذيب (٤/٤٠١) .

(٥) الشرح الكبير (٧/٣١٨) .

وَإِنْ قَالَ : (مَا أَوْدَعْتَنِي) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ أَقَامَ ٱلْمُدَّعِي بَيِّنَةً بِٱلْإِيدَاعِ ؛ فَقَالَ : (قَدْ كَانَ أَوْدَعَنِي وَلَـٰكِنَّهَا هَلَكَتْ) وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهَا هَلَكَتْ قَبْلَ ٱلْجُحُودِ . . سُمِعَتْ . . . .

في سبب التلف ، وذلك يقتضي صحَّة إيراده في سبب التلف ، وإلا . . فكيف أورده في سبب الإخراج ؟!) انتهىٰ(١)

* * *

(**وإن قال : ما أودعتني . . فالقول قوله**) بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدمه ، (**وإن أقام المدَّعي بينةً بالإيداع فقال : قد كان أودعني ولٰكنها هلكت**) أو : رددتها ، (**وأقام بينةً أنها هلكت**) أو ردَّها (**قبل الجحود . . سُمِعت**) لاحتمال أنه نسي ثم تذكَّر ؛ كما لو قال المدَّعي لشيءٍ : (لا بينة لي) ، ثم أتىٰ ببينةٍ . . فإنها تُسمَع .

قال في « أصل الروضة » : (وقد حكينا في المرابحة فيما إذا قال : اشتريت بمئةٍ ، ثم قال : بل بمئةٍ وخمسين : أن الأصحاب فرَّقوا بين أن يذكر وجهاً محتملاً في الغلط وألَّا يذكره ، ولم يتعرَّضوا لمثله هنا ، والتسوية بينهما متَّجهةٌ)(٢)

وفرق : بأن مبنى الوديعة على الأمانة ، والقصد بالدعوىٰ فيها بما ذُكِر : دفع الضمان ، فسُمِعت البينة فيها مطلقاً ، بخلاف البيع ؛ فافتقر سماعها فيه إلىٰ تأويلٍ .

---

(١) تحرير الفتاوي (٢/٤٦٣) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٥٩٤) ، وانظر « الشرح الكبير » (٧/٣١٥) .

وَقِيلَ : لَا تُسْمَعُ . وَإِنْ قَالَ : (مَا لَكَ عِنْدِي شَيْءٌ) ، فَأَقَامَ ٱلْبَيِّنَةَ بِٱلْإِيدَاعِ ، فَقَالَ : (أَوْدَعْتَنِي وَلَـٰكِنَّهَا تَلِفَتْ) . . قُبِلَ قَوْلُهُ .

(**وقيل : لا تُسمَع**) لأنه كذَّبها بإنكاره الإيداع .

* * *

(**وإن قال : ما لك عندي شيء**) أو : (لا وديعة لك عندي) ، (**فأقام**) المدَّعي (**البينة**) عليه (**بالإيداع ، فقال : أودعتني ولـٰكنها تلفت**) أو : (رددتُها إليك) . . (**قُبِل قوله**) بيمينه ؛ إذ لا [تناقض][1] بين كلاميه .

نعم ؛ إن اعترف بعد الجحود أنها كانت باقية يومه . . لم يُصدَّق في دعوى الردِّ إلا ببينةٍ .

وإن ادَّعى التلف بعد الجحود . . صُدِّق بيمينه ، وضمن البدل ؛ لخيانته بالجحود كالغاصب ، سواء أقال في جحوده : (لا شيء لك عندي) ، أم : (لم تودعني) ، وإن ادعى الردَّ بعده . . لم يُقبَل إلا ببينةٍ .

* * *

ولو تنازع الوديعة اثنان ، فصدَّق الوديعُ أحدَهما بعينه . . فللآخر تحليفه ، فإن حلف . . سقطت [دعوى الآخر][2] ، وإن نكل . . حلف [الآخر] وغرمه القيمة ، وإن صدَّقهما . . فاليد لهما ، والخصومة بينهما ، وإن قال :

---

(١) في الأصل : (انتقاض) ، والتصويب من « الشرح الكبير » (٧/٣١٤) ، و« أسنى المطالب » (٣/٨٣) .

(٢) في الأصل : (دعواه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣/٨٦) ، و« مغني المحتاج » (٣/١٢٠) .

٤٣١/ب (هي لأحدكما/ وأُنسِيته) ، وصدَّقاه عليه . . لم يضمن ، وإن كذَّباه . . ضمن كالغاصب ، والغاصب إذا قال : (هو لأحدكما وأُنسِيته) ، فحلف لأحدهما على البتِّ أنه لم يغصبه . . تعيَّن المغصوب للآخر بلا يمينٍ ، فكذٰلك هٰذا .

وإن قال : (هو وديعة عندي ولا أدري أهو لكما أم لأحدكما أم لغيركما) . . حلف علىٰ نفي العلم إن ادَّعياه ، وتُرِك في يده لمن يقيم البينة به ، وليس لأحدهما تحليف الآخر ؛ لأنه لم يثبت لواحدٍ منهما يدٌ ولا استحقاقٌ .

خاتمة

[في فروع في الوديعة]

قال القفَّال : (رجلٌ دفع مفتاح حانوته إلىٰ آخر وديعةً ، فجاء شريك صاحب المفتاح أو أجنبيٌّ ، فدفع المفتاح إليه ، فذهب وأخذ المتاع كلَّه . . فعلى الوديع قيمة المفتاح) أي : إذا تلف حسّاً أو شرعاً ، وإلا . . لزمه ردُّه ، ولا يلزمه بدل المتاع .

قال : (لأنه لم يودع عنده غير المفتاح)(١)

* *

ولو أودعه ورقةً مكتوبٌ فيها الحقُّ المُقَرُّ به ، وتلفت بتقصيره أو أتلفها . . ضمن قيمتها مكتوبةً وأجرة الكتابة ؛ كما قاله الشيخان وإن بطل الاحتجاج

---

(١) فتاوى القفَّال (ق/١٤٤) مخطوط .

بها[1] ، قال الأذرعي : (وهـٰذا لا وجه له ؛ لأن الورقة متقوِّمة ، فإذا تلفت . . لزمه قيمتها ، ولا نظر لأجرة الكتابة ، ولو صحَّ هـٰذا . . للزم أنه لو أتلف علىٰ غيره ثوباً مطرزاً غرم قيمته وأجرة التطريز ، وهـٰذا لا يقوله أحدٌ ، **فالصواب** : قيمتها فقط)[2]

وفرق شيخنا الشهاب الرملي رضي الله تعالىٰ عنه : بأن التطريز تزيد قيمة الثوب به فلم تُعتبَر أجرة التطريز معه ، ولا كذٰلك الكتابة ؛ فإنَّها قد تَنقص الورقَ ، فاعتُبِرت أجرة الكتابة[3]

وعلىٰ هـٰذا : لو محاها فقط . . لزمه أجرة الكتابة ، وعلىٰ كلام الأذرعي : لا غرم عليه ، إلا إن نقصت الورقة . . فيغرم أرش النقص .

❋ ❋ ❋

(١) الشرح الكبير (٧/٣٢٤) ، روضة الطالبين (٤/٦٠٢) .

(٢) قوت المحتاج (٣/٢٩٩) ، وانظر « أسنى المطالب » (٣/٨٧) .

(٣) حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب (٣/٨٧) .

باب العاريَّة

(باب) بيان (العاريَّة) وحكمها

وهي بتشديد الياء وقد تُخفَّف ، وفيها لغةٌ ثالثةٌ : (عارَة) بوزن ناقة ؛ وهي اسمٌ لِمَا يُعار ، ولعقدها ، من (عار) إذا ذهب وجاء بسرعةٍ ، ومنه **قيل للغلام الخفيف** : عيَّار ؛ لكثرة ذهابه ومجيئه ، **وقيل** : من التعاور ؛ وهو التناوب .

وحقيقتها شرعاً : إباحة الانتفاع بما يحلُّ الانتفاع به مع بقاء عينه .

* * *

والأصل فيها قبل الإجماع : قوله تعالىٰ : ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾ (١) ، فسَّره جمهور المفسِّرين بما يستعيره الجيرانُ بعضُهم من بعضٍ (٢) ، وخبر « الصحيحين » : (أنه صلى الله عليه وسلم استعار فرساً من أبي طلحة فركبه) (٣) ، والحاجة داعيةٌ إليها .

* * *

وهي مستحبَّةٌ ، وقد كانت واجبةً أوَّل الإسلام ؛ كما قاله الروياني وغيره ؛

---

(١) سورة الماعون : (٧) .

(٢) كالدلو والفأس والإبرة . « إقناع » للمؤلف [١/٣٠٣] . هامش .

(٣) صحيح البخاري (٢٦٢٧) ، صحيح مسلم (٤٩/٢٣٠٧) عن سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه .

مَنْ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ . . جَازَتْ إِعَارَتُهُ . . . .

للآية السابقة[١] ، ثم نُسِخ وجوبها ، فصارت مستحبَّةً ؛ أي : أصالة ، وإلا فقد تجب ؛ كإعارة الثوب لدفع حرٍّ أو بردٍ ، وإعارة السكين لذبح حيوانٍ محترمٍ يُخشَىٰ موته ، والحبلِ لإنقاذ غريقٍ ، وقد تحرُم ؛ كإعارة الصيد من المُحْرِم ، والأمة من الأجنبي ، وقد تكره ؛ كإعارة العبد المسلم من الكافر ؛ كما سيأتي[٢]

[أركان العاريَّة]

وأركانها أربعةٌ :/ معيرٌ ، ومستعيرٌ ، ومعارٌ ، وصيغةٌ . ١/٤٣٢

[الركن الأول : المعير]

وقد بدأ الشَّيخ بأولها فقال : (من جاز تصرُّفه في ماله . . جازت إعارته) لأن الإعارة تبرُّعٌ بالمنفعة ، فصحَّت منه دون غيره ؛ كإباحة الأعيان ، فلا تصح ممَّن لا يصح تبرُّعه ؛ كصبيٍّ ومحجورِ سفهٍ أو فلَسٍ ، ومكاتبٍ بغير إذن سيّده .

نعم ؛ لو أعار محجورُ السفه نفسَه في عمل ليس مقصوداً في كسبه . . جاز ؛ كما قاله الماوردي[٣] ، وكذا لو أعار المفلس عيناً ولم يكن في إعارتها تعطيلٌ للنداء عليها ؛ كإعارة الدار يوماً ؛ كما قال الإسنوي : (إنه المتَّجه)[٤]

---

(١) بحر المذهب (٩/٥) .

(٢) انظر ما سيأتي قريباً (٥/١٣٥) .

(٣) الحاوي الكبير (٨/٢٨) .

(٤) كافي المحتاج (ق٣/٢٧٨) مخطوط ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني ←

وليس للأب أن يعير ولده الصغير في خدمةٍ لها أجرةٌ ، أو تضرُّ به الخدمة ؛ كما لا يعير ماله ، بخلاف خدمةٍ ليست كذٰلك ؛ كأن يعيره ليخدم من يتعلَّم منه ؛ كما صرَّح به الروياني [1] ، قال الزركشي : (وينبغي أن يكون المجنون والبالغ السفيه كذٰلك) [2]

❊ ❊ ❊

ويُشترَط في المعير : أن يكون مختاراً ، فلا يصح من مكرَهٍ ؛ كما في سائر التصرُّفات ، وأن يكون مالكاً للمنفعة ولو بوصيَّةٍ أو وقفٍ وإن لم يكن مالكاً للعين ؛ لأن الإعارة تَرِد على المنفعة دون العين ، لٰكن شرط إعارة الموقوف عليه أن يكون ناظراً ؛ كما قيَّده به ابن الرفعة [3] ، بخلاف المستعير ؛ كما سيأتي ، وبخلاف إعارة الصوفي والفقيه سكنَهُما بالرباط والمدرسة ونحوهما ؛ لعدم ملكهما المنفعة وإن أوهمت عبارة بعض المتأخرين أنها تصح .

❊ ❊ ❊

وأُورد علىٰ ملك المنفعة : صحَّة إعارة الإمام مال بيت المال ؛ من أرضٍ وغيرها مع أنه ليس ملكاً له ، وإعارةِ الأضحية والهدي المنذورَينِ مع خروجهما عن ملكه ، وإعارةِ الكلب للصيد مع أنه لا يملك .

← المحتاج » (٢/٣٤١) : (**وهو ظاهر** ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ إذا لم تكن المنفعة تُقابَل بأجرةٍ ، وإلا . . فيمتنع) .

(١) بحر المذهب (٩/١٣) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٢٥) .

(٣) المطلب العالي (ق ١١/١٦٣) مخطوط .

وَيَجُوزُ إِعَارَةُ كُلِّ مَا يُنْتَفَعُ بِهِ . . . .

وأُجيب عن ذٰلك : بأن هٰذه الأمور ليست عاريةً حقيقةً ، بل شبيهةٌ بها .

[الركن الثاني : المستعير]

وثاني الأركان : المستعير ، وشرطه : تعيينٌ ، وإطلاق تصرُّفٍ ، فلا تصح لغير معيَّن ؛ كأن قال : (أعرت أحدكما هٰذه البهيمة) ، ولا لصبيٍّ ومجنونٍ وسفيهٍ إلا بعقد وليِّهم إذا لم تكن العاريَّة مضمَّنةً ؛ كأن يستعير من مستأجرٍ .

[الركن الثالث : المعار وضابطه]

وقد شرع الشيخ في بيان ثالث الأركان وهو المعار فقال : (ويجوز إعارة كل ما ينتفع به) بأن يستفيد المستعير منه منفعةً ، وهو الأكثر ، أو عيناً ؛ كما لو استعار شاةً ليأخذ درَّها ونسلها ، أو شجرةً ليأخذ ثمرتها ، فالشرط في العارية : ألَّا يكون فيها استهلاك المعار ؛ كما سيأتي ، لا ألَّا يكون فيها استيفاء عينٍ .

ولو [أعاره][1] شاةً أو دفعها له وملَّكه درَّها ونسلها . . لم يصح ذٰلك ، ولم يضمن آخذها الدرَّ والنسل ؛ لأنه أخذهما بهبةٍ فاسدةٍ ، ويضمن الشاة بحكم العارية الفاسدة ، فإن شرط علفها عليه . . كان ذٰلك بيعاً وإجارةً فاسدَين ،/ ٤٣٢/ب فيضمن الدرَّ والنسل بحكم البيع الفاسد دون الشاة ؛ لأنه أخذها بإجارةٍ فاسدةٍ ؛

(١) في الأصل : (إعارة) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٢٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٣٤٣) .

مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ . وَيُكْرَهُ إِعَارَةُ ٱلْجَارِيَةِ ٱلشَّابَّةِ مِنْ غَيْرِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ . . . .

كمن أعطىٰ سقَّاءً شيئاً ليشرب ، فأعطاه كوزاً ، فانكسر الكوز في يده ؛ فإنه يضمن الماء ؛ لأنه أخذه بشراءٍ فاسدٍ ، إلا إن كان الماء أكثر ممَّا يشربه . . فإنه لا يضمن الزائد ؛ لأنه أمانةٌ ، ولا يضمن الكوز ؛ لأنه أخذه بإجارةٍ فاسدةٍ ، فإن سقاه مجاناً وانكسر الكوز . . ضمن الكوز ؛ لأنه أخذه بعاريةٍ فاسدةٍ ، لا الماء ؛ لأنه أخذه بهبةٍ فاسدةٍ .

❊

فما لا ينتفع به ؛ كحمارٍ زَمِنٍ . . لا تصح إعارته ، **وشرط فيه** : أن يكون الانتفاع (**مع بقاء عينه**) كعبدٍ ودارٍ ونحوهما ، فلا يُعار المطعوم ونحوه ؛ كالشمعة للوقود ؛ فإن منفعتها في استهلاكها ، ولا النقدان ؛ لأن معظم منفعتهما في الإنفاق والإخراج ، إلا للتزيُّن أو الضرب علىٰ صورتهما[1] ؛ بأن صُرِّح بإعارتهما لذٰلك ، أو نُوِي ؛ كما بحثه بعضهم ، قال : وينبغي عَود هٰذا الاستثناء إلى المطعوم أيضاً .

❊ ❊

وأن يكون الانتفاع مباحاً ؛ **كما أشار إليه بقوله** : (**ويكره**) كراهة تحريمٍ (**إعارة الجارية الشابة**) أي : المشتهاة (**من**) رجلٍ (**غير**) نحو (**رحمٍ مَحْرمٍ**) لها ممَّن يحرُم نظره إليها ؛ لخوف الفتنة ، قال الإسنوي : (ويفارق هٰذا جواز إجارتها والوصيَّة بمنفعتها له علىٰ ما دلَّ عليه عموم كلامهم ؛ بأن المستأجر والموصىٰ له يملكان المنفعة فيعيران ويؤجِّران لمن يخلو بها ،

---

(١) في « مغني المحتاج » (٢/٣٤٢) ، و« الإقناع » (١/٣٠٤) : (علىٰ طبعهما) ، وكلاهما بمعنىً .

والإعارة إباحةٌ له فقط ، فإذا لم يستبح لنفسه . . لم يكن له فائدة)[1]

* * *

أمّا غير المشتهاة لصغرٍ أو قبحٍ . . فصحَّح في « الروضة » صحَّة إعارتها وهو **المعتمد**[2] ، وفي « الشرح الصغير » منعها[3] ، وقال الإسنوي : (**المتَّجه** : الصحَّة في الصغيرة ، دون القبيحة) انتهىٰ[4]

وكالقبيحة الكبيرةُ غير المشتهاة ، قال الزركشي : (ويُلحَق بالمشتهاة الأمردُ الجميل ، لا سيما [ممن][5] عُرِف بالفجور)[6]

والخنثىٰ يُحتَاط فيه ، فيمتنع أن يكون معاراً ومستعيراً ، قال الإسنوي : (وسكتوا عن إعارة العبد للمرأة ، وهو كعكسه)[7]

* * *

ويجوز إعارة الجارية المشتهاة لخدمة امرأةٍ ومَحْرمٍ ، ومثلهما الممسوح ، وزوج الجارية ومالكها ؛ كأن يستعيرها من مستأجرها أو الموصىٰ له بمنفعتها ،

---

(١) كافي المحتاج (ق ٣/٢٧٩) مخطوط .

(٢) روضة الطالبين (٣/٦١٦) ، وفي « مغني المحتاج » (٢/٣٤٢) : (لانتفاء خوف الفتنة وإن رجَّح بعض المتأخرين المنع فيهما) .

(٣) الشرح الصغير (ق ٤/٢) مخطوط .

(٤) المهمات (٦/٧) .

(٥) في الأصل : (من) ، والتصويب من « أسنى المطالب » .

(٦) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٢٦) .

(٧) كافي المحتاج (ق ٣/٢٧٩) مخطوط .

وَيَحْرُمُ إِعَارَةُ ٱلْعَبْدِ ٱلْمُسْلِمِ مِنَ ٱلْكَافِرِ ، وَٱلصَّيْدِ مِنَ ٱلْمُحْرِمِ . . . .

والشيخُ الهرم والطفلُ ؛ قياساً علىٰ ما مرَّ في غير المشتهاة ، وكذا المريض إذا لم يجد من يخدمه غير المرأة . . فيجوز إعارة الجارية لخدمته .

قال الإسنوي : (ويدخل في الضابط المذكور : ما لو استعار قيِّم المسجد أحجاراً أو أخشاباً ليبني بها المسجد ، مع أنه لا يجوز ؛ كما أفتىٰ به البغوي ؛ لأن حكم العواري جواز استردادها ، والشيء إذا صار مسجداً . . لا يجوز استرداده)[١]

* * *

(ويحرُم إعارة [العبد] المسلم من الكافر) لِمَا في ذٰلك من الإهانة ، هٰذا ما جزم به الشيخ ، والمعتمد ـ وهو الذي جزم به الشيخان ـ : الجواز[٢] ؛ إذ لا مانع / من ذٰلك ، ولٰكن يكره كراهة تنزيهٍ ؛ صيانةً له عن الإذلال ، وحمل في « المطلب » التحريم على الإعارة للخدمة ، والكراهة علىٰ غيرها ، قال : (والتحريم يتعلَّق بالمعير المسلم ، وكذا بالكافر إن كلَّفناه بالفروع) انتهىٰ[٣] ، والكراهة كذٰلك . ٤٣٣/أ

* * *

(و) كذا يحرُم إعارة (الصيد من المُحْرِم) لأنه يحرُم عليه إمساكه ، فلو استعاره . . لم يجز له إرساله ، ولو تلف في يده . . ضمن الجزاء لله تعالىٰ ، وقيمتَه للحلال الذي استعار منه ، ولو استعاره الحلال من المُحْرِم ، وتلف في

---

(١) كافي المحتاج (ق ٣/٢٧٩) مخطوط .

(٢) الشرح الكبير (٥/٣٧٢) ، روضة الطالبين (٣/٦١٧) .

(٣) المطلب العالي (ق ١١/١٦٧) مخطوط .

وَيُكْرَهُ أَنْ يَسْتَعِيرَ أَحَدَ أَبَوَيْهِ لِلْخِدْمَةِ . . . .

يده . . لم يضمنه له ؛ لأنه غير مالكٍ ، وعلى المُحْرِم الجزاءُ لله تعالىٰ ؛ لأنه متعدٍّ بالإعارة ؛ إذ يلزمه إرساله ، أما إذا لم يلزمه إرساله ؛ كأن ورثه في حال إحرامه . . فلا جزاء عليه ، وعلى الحلال قيمته للمُحْرِم .

* * *

(ويكره أن يستعير) أو يستأجر (أحدَ أبويه) وإن علا (للخدمة) صيانةً له عن الإذلال .

نعم ؛ إن قصد باستعارته أو استئجاره لذٰلك توقيره . . فلا كراهة فيهما ، بل هما مستحبَّان ؛ كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره في صورة الاستعارة[(١)]

ولا يكره للوالد إعارة نفسه أو إيجارها لولده وإن كان فيهما إعانةٌ علىٰ مكروهٍ ، قال الفارقي : (لأن نفس الخدمة غير مكروهةٍ ، وإنَّما كانت الكراهة في جانب الولد ؛ لمكان الولادة ، فلم تتعدَّ لغيره ، بخلاف إعارة الصيد من المُحْرِم ؛ فإن العبادة يجب احترامها لحقِّ الله تعالىٰ ، وهو شاملٌ لكل مكلَّفٍ)[(٢)]

* * *

ولا يُشترَط تعيين المعار عند الإعارة ، فلو قال : (أعرني دابةً) ، فقال : (خذ إحدىٰ دوابِّي) . . صحَّت .

---

(١) انظر « المطلب العالي » (ق ١١/١٦٧) مخطوط .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٢٦) .

[الركن الرابع : الصيغة]

رابعُ الأركان : الصيغة ، **ويُشترَط فيها** : لفظٌ يشعر بالإذن بالانتفاع ؛ ك (أعرتك) ، أو : (أبحتك منفعته) ، أو بطلبه ؛ ك (أعرني) ، ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر وإن تأخَّر أحدهما عن الآخر ؛ كما في إباحة الطعام ، **وفي معنى اللفظ** : ما مرَّ في (الضمان)(١)

وإنَّما لم يشترطوا اللفظ من جهة المعير كما اشترطوه في جانب المودِع ؛ لأن الوديعة مقبوضةٌ لغرض المالك ، وغرضه لا يُعلَم إلا بلفظٍ من جانبه ، والعارية بالعكس ، فاكتُفي فيها بلفظ المستعير .

ولا يكفي الفعل من الطرفين إلا فيما كان عاريةً ضمناً ؛ كظرف الهديَّة ، وظرف المبيع إذا تسلَّمه المشتري فيه .

* *

وقوله : (أعرتك فرسي لتعلفَه) ، أو : (لتعيرني فرسك) . . إجارةٌ ـ لا إعارةٌ ؛ نظراً إلى المعنىٰ ـ فاسدةٌ ؛ لجهالة المدَّة والعوض ، فيجب فيها أجرة المثل بعد القبض ومُضي زمنٍ لمثله أجرةٌ ، ولا تُضمَن العين ؛ كما يُعلَم ذٰلك من (كتاب الإجارة)(٢)

وقضية التعليل : أنه لو قال : (أعرتكه شهراً من الآن لتعلفه كل يوم بدرهمٍ) ، أو : (لتعيرني فرسك هٰذا شهراً من الآن) . . كانت إجارةً صحيحةً .

---

(١) انظر ما تقدم (٤/٥٤٠) .

(٢) انظر ما سيأتي (٥/٤٢٠) وما بعدها .

وَمَنِ ٱسْتَعَارَ أَرْضاً لِلْغِرَاسِ أَوِ ٱلْبِنَاءِ . . جَازَ أَنْ يَزْرَعَ ، وَإِنِ ٱسْتَعَارَ لِلْغِرَاسِ . . لَمْ يَبْنِ ، وَإِنِ ٱسْتَعَارَ لِلْبِنَاءِ . . . .

ولو أعطاه حانوتاً ودراهم وقال له : (اتَّجر بها فيه) ، أو أرضاً وبذراً وقال له : (ازرعه فيها لنفسك) فالحانوت في الأولىٰ ، والأرض في الثانية . . عاريةٌ ، وهل الدراهم أو البذر/ قرضٌ أو هبةٌ ؟ وجهان ؛ **أرجحهُما** : الأول ؛ كما يُؤخَذ من كلام الولي العراقي [1] . ٤٣٣/ب

[أحكام العارية]

وللعاريَّة ثلاثة أحكامٍ :

الأول : التسلُّط للمستعير على الانتفاع المأذون فيه ، **وقد أشار إليه الشيخ بقوله** : (**ومن استعار أرضاً للغراس أو البناء**) ولم ينهه المالك عن غيره . . (**جاز**) له (**أن يزرع**) وإن لم يكن الزرع من نوعها ؛ لأن ضرره أخفُّ ، فإن نهاه عنه . . امتنع .

(**وإن استعار للغراس**) قال النووي في « التحرير » : (**تقديره** : لغرس الغراس ، **وأما الغراس** : فاسمٌ للأغصان التي تُغرَس ، ولو قال : للغرس . . لكان أخصر وأحسن) انتهىٰ ملخصاً [2] . . (**لم يَبْنِ** ، **وإن استعار للبناء** . .

---

(١) مختصر المهمات (ق ١/٢٦١) مخطوط ، وهو خلاف ما رجَّحه الشهاب الرملي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ أسنى المطالب » (٢/٣٢٧) حيث قال : (الفرق بينهما واضح ، والأصح هنا : الثاني) .

(٢) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٠٩) .

لَمْ يَغْرِسْ ، وَقِيلَ : يَغْرِسُ فِيمَا إِذَا ٱسْتَعَارَ لِلْبِنَاءِ ، وَيَبْنِي فِيمَا ٱسْتَعَارَ لِلْغِرَاسِ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَإِنْ قَالَ : (ٱزْرَعِ ٱلْحِنْطَةَ) . . زَرَعَ ٱلْحِنْطَةَ وَمَا ضَرَرُهُ ضَرَرُ ٱلْحِنْطَةِ . . . .

لم يغرس) لاختلاف جنس الضرر ؛ إذ ضرر البناء بظاهر الأرض أكثر ، وضرر الغراس بباطنها أكثر ؛ لانتشار عروقه .

(وقيل : يغرس فيما إذا استعار للبناء ، ويبني فيما استعار للغراس) لأن ضررهما متقاربٌ ، ويُرادان للبقاء ، **(وليس بشيءٍ)** لِمَا قلناه .

❊ ❊ ❊

(وإن قال : ازرع الحنطة . . زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة) فما دونه في الضرر ، فلو قال له : (ازرع البُرَّ) . . فله زرع الشعير والباقلاء ونحوهما ؛ لأن ضرره في الأرض فوق ضررها ، إلَّا أن ينهاه عن غير ما عيَّنه له ، فلا يزرع غيره ؛ اتباعاً لنهيه ، فإن خالف وزرع ما ليس له زرعه . . فكالغاصب ، فيجوز للمعير قلعه مجاناً ، فلو مضت مدَّةٌ لمثلها أجرةٌ . . لزمه جميع الأجرة ؛ كما جزم به في « الأنوار »[١] ، **وقيل** : يلزمه ما بين أجرة المأذون فيه وما فوقه .

❊ ❊

وإن استعار لمطلق الزراعة ، أو ليزرع ما شاء . . زرع ما شاء ؛ لإطلاق اللفظ في الأولىٰ ، وتعميمه في الثانية ، **والمراد** ـ كما قال الأذرعي ـ : أن يزرع ما شاء ممَّا اعتيد زرعه هناك ولو نادراً ؛ حملاً للإطلاق على الرضا بذٰلك[٢]

---

(١) الأنوار لأعمال الأبرار (٤٢/٢) .

(٢) قوت المحتاج (٢٢٧/٣) .

وَإِنْ قَالَ : (ٱزْرَعْ) وَلَمْ يُسَمِّ شَيْئاً ، ثُمَّ رَجَعَ وَٱلزَّرْعُ قَائِمٌ : فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلاً . . حُصِدَ . . . .

ولا يجب التصريح بجهة الانتفاع في نحو بساطٍ لا يصلح إلا للفرش ، فإن تعدَّدت جهة الانتفاع ؛ كالأرض الصالحة للزرع والبناء والغراس ، والدابة للركوب والحمل . . وجب التصريح بالجهة ، أو بالتعميم كالإجارة ؛ كقوله : (انتفع به كيف شئت) ، أو : (افعل به ما بدا لك) ، وينتفع فيما إذا عمَّم له بما هو العادة في المعار .

[العارية جائزةٌ من الجانبين]

الحكمُ الثاني من أحكام العارية : أنها جائزةٌ من الجانبين ، فلكلٍّ من العاقدين الرجوع فيها وإن كانت مؤقتةً والمدَّة باقيةٌ ، **وإلىٰ ذٰلك أشار بقوله** : (**وإن قال : ازرع ، ولم يسمِّ شيئاً**) أي : نوع الزرع (**ثم رجع [والزرع قائمٌ]** : **فإن كان ممَّا يُحصَد**) أي : يُعتادُ حصده (**قصيلاً**) كالشعير والفول ونحوهما عند تناهيه إلى الحالة التي يُفصَل فيها ، قال ابن الرفعة : (وكذا لو لم ينقص بالقطع)(١) ؛ أي : وإن لم يُعتد قطعه . . (**حصد**) جمعاً بين الحقَّين ، قال النووي في « تحريره » : (**القصيل** : المقصول ؛ وهو المقطوع)(٢) ، قال ابن الرفعة : (وإذا كان كذٰلك . . لم يستقم نظمه)(٣)

---

(١) المطلب العالي (ق ١١/١٨٦) مخطوط .

(٢) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٠٩) .

(٣) كفاية النبيه (١٠/٣٦٨) .

وَإِنْ لَمْ يُحْصَدْ . . تُرِكَ إِلَى ٱلْحَصَادِ ، وَعَلَيْهِ ٱلْأُجْرَةُ مِنْ حِينَئِذٍ ، وَإِنْ قَالَ : (ٱزْرَعِ ٱلْحِنْطَةَ) . . لَمْ يُقْلَعْ إِلَى ٱلْحَصَادِ . وَإِنِ ٱسْتَعَارَ أَرْضاً لِلْغِرَاسِ أَوِ ٱلْبِنَاءِ مُدَّةً . . جَازَ أَنْ يَغْرِسَ وَيَبْنِيَ . . . .

(**وإن لم يحصد**) قصيلاً كالقمح والذُّرة . . (**تُرِكَ إلى الحصاد ، وعليه الأجرة من حينئذٍ**) أما تبقيته . . فلأن له أمداً/يُنتظَر ، بخلاف البناء والغراس ؛ كما سيأتي . 434/أ

وأما أنها بالأجرة . . فلأنه إنَّما أباح له المنفعة إلىٰ وقت الرجوع ، فأشبه من أعار دابةً إلىٰ بلدٍ ثم رجع في الطريق ؛ فإن عليه نقل متاعه إلىٰ مأمنٍ بأجرة المثل .

❊ ❊

(**وإن قال : ازرع الحنطة**) . . جاز له الرجوع قبل أوان الحصاد ، ولٰكنه (**لم يقلع إلىٰ**) أوان (**الحصاد**) لأنه رضي بالإبقاء إليه عرفاً ، وعلى المستعير الأجرة من حين الرجوع ؛ كما مرَّ ، قال ابن الملقن [1] : (وذكر الشيخ هٰذه المسألة وإن كانت مندرجةً فيما تقدَّم ؛ فإنها ممَّا لا يُحصَد قصيلاً ؛ لينبِّه علىٰ أن ما [لا] يُحصَد قصيلاً إذا أذن فيه بخصوصه ثم رجع . . لا أجرة له ؛ كما حكاه القاضي وجهاً ؛ لرضاه بشغل أرضه إلىٰ تلك الغاية ، وجزم في الأولىٰ بالأجرة ؛ لأنه لم يتحقَّق زرع ما يبقىٰ إلىٰ هٰذه الغاية) انتهىٰ [2] ، وقد علمتَ أنه يستحقُّ الأجرة في الحالتَينِ .

❊

(**وإن استعار أرضاً للغراس أو البناء مدَّةً . . جاز أن يغرس ويبني**) المدَّة

---

(1) في الأصل : (كما قال ابن الملقن) ، والتصويب من سياق العبارة .

(2) غنية الفقيه (ق ٢/٢٠٤) مخطوط .

مَا لَمْ تَنْقَضِ ٱلْمُدَّةُ أَوْ يَرْجِعْ فِيهَا . وَإِنِ ٱسْتَعَارَ مُطْلَقاً . . جَازَ لَهُ ٱلْغِرَاسُ وَٱلْبِنَاءُ مَا لَمْ يَرْجِعْ ؛ فَإِنْ رَجَعَ فِيهَا : فَإِنْ كَانَ شَرَطَ عَلَيْهِ ٱلْقَلْعَ . . أُجْبِرَ عَلَيْهِ ، وَلَا يُكَلَّفُ تَسْوِيَةَ ٱلْأَرْضِ . فَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ وَٱخْتَارَ ٱلْمُسْتَعِيرُ ٱلْقَلْعَ فَقَلَعَ . . لَمْ يُكَلَّفْ تَسْوِيَةَ ٱلْأَرْضِ . . . .

بعد الأخرىٰ (**ما لم** [**تنقض**][1] **المدَّة أو يرجع**) المعير (**فيها ، وإن استعار**) لذٰلك (**مطلقاً**) أي : لم يذكر مدَّةً . . (**جاز له الغراس والبناء ما لم يرجع**) أي : المعير ، لٰكن لا يقلعهما إلا مرةً واحدةً ، فإن قلع ما بناه أو غرسه . . لم يكن له إعادته إلا بإذنٍ جديدٍ إلا إن صرَّح له بالتجديد مرةً بعد أخرىٰ ، ذكره الشيخان في الكلام على الزرع[2] ، وغير الغراس والبناء في معناهما ، فإن فعل عالماً أو جاهلاً برجوعه . . قلع مجاناً ، وكُلِّف تسوية الأرض ؛ كالغاصب في حالة العلم ، وكمالِكِ ما نبت بحمل السيل إلىٰ أرض غيره في حالة الجهل .

[حكم البناء والغراس في الأرض المعارة بعد رجوع المعير]

(**فإن رجع فيها**) بعد الغراس أو البناء (**فإن كان شرط عليه القلع**) فقط أو شرطه بلا أرشٍ لنقصه . . (**أُجبِر عليه**) عملاً بالشرط (**ولا يُكلَّف تسوية الأرض**) إلا إن شُرِطت ، فإن امتنع من قلعه . . قلعه المعير مجاناً ، (**فإن لم يشترط**) عليه القلع (**واختار المستعير القلع فقلع**) . . لم يلزمه الأرش ؛ لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه ، و(**لم يُكلَّف تسوية الأرض**) لأن علم المعير بأن

---

(١) في الأصل : (تنقضي) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) الشرح الكبير (٣٨٩/٥) ، روضة الطالبين (٦٣٠/٣) .

وَقِيلَ : يُكَلَّفُ ذَٰلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . فَٱلْمُعِيرُ بِٱلْخِيَارِ ؛ بَيْنَ أَنْ يُبْقِيَ ذَٰلِكَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ لَهُ أَرْشَ مَا نَقَصَ بِٱلْقَلْعِ . . . .

للمستعير القلع . . رضاً بما حدث منه ، وجرىٰ علىٰ ذٰلك الرافعي[1]

(وقيل) وهو الأصح ـ كما صحَّحه النووي ـ : إنه (يُكلَّف ذٰلك)[2] ؛ أي : التسويةَ ؛ لأنه قلع باختياره ، ولو امتنع منه . . لم يُجبَر عليه ، فيلزمه إذا قلع ردُّ الأرض إلىٰ ما كانت عليه .

ومحلُّ إيجاب التسوية : في الحُفَر الحاصلة بالقلع دون الحاصلة بالبناء أو الغراس في مدَّة العارية ؛ لأنها حصلت بالاستعمال ، فأشبه انسحاق الثوب ، نبَّه عليه الأذرعي تبعاً للسبكي[3] ، وهٰذا أوضح من فرق الزركشي بينهما بإمكان عَود الأرض لِمَا كانت ، بخلاف الثوب[4]

* * *

(وإن لم يختر) المستعير القلع . . (فالمعير بالخيار بين) ثلاث خصالٍ : بين (أن يبقي ذٰلك) بأجرةٍ (وبين أن يقلع ويضمن له أرش ما نقص بالقلع) وهو قدر التفاوت بين قيمته قائماً ومقلوعاً[5] ، وبين تملُّكه / بعقدٍ بقيمته مستحَقَّ القلع حين التملُّك ؛ كنظائره من (الشفعة) و(الهبة) و(الإجارة) . ٤٣٤/ب

---

(١) الشرح الكبير (٥/٣٨٥) .

(٢) روضة الطالبين (٣/٦٢٦ ـ ٦٢٧) .

(٣) التوسط والفتح (ق ٦/١٢ ـ ١٣) مخطوط ، الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/٨٥) مخطوط .

(٤) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٣٣) .

(٥) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .

وتخييره بين الثلاث هو المعتمد ؛ وفاقاً للإمام والغزالي وصاحبي « الحاوي الصغير » و« الأنوار » وغيرهم[1] ، ولمقتضىٰ كلام « الروضة » و« أصلها » في (الصلح)[2] ، خلافاً لِمَا فيها هنا من تخصيص التخيير بالأول والثالث[3] ، ولِمَا في « المنهاج » و« أصله »[4] ، ولِمَا جرىٰ عليه الشيخ من تخصيصه بالأوَّلين ، بل قال الزركشي تبعاً للبلقيني : (ليس في المسألة خلافٌ كما زعمه الشيخان ، بل الكل متَّفقون على التخيير بين الثلاث)[5]

وإذا اختار ما له اختياره . . لزم المستعيرَ موافقتُه ، فإن أبىٰ . . كُلِّف تفريغ الأرض .

* * *

ومحلُّ ما ذُكِر : إذا كان في القلع نقصٌ ، وكان المعير غير شريكٍ ، ولم يكن على الغراس ثمرٌ لم يبدُ صلاحه ، وإلا . . فيتعيَّن القلع في الأول ، والتبقية

---

(١) نهاية المطلب (٧/١٥٨) ، الوسيط (٣/٣٧٣) ، الحاوي الصغير (ص ٣٤٩) ، الأنوار لأعمال الأبرار (٢/٤٠) .

(٢) روضة الطالبين (٣/٤١٤) ، الشرح الكبير (٥/١٠٥) .

(٣) روضة الطالبين (٣/٦٢٧) ، وفيها : (والثالث : يتخيَّر بين خصلتين : القلع وضمان الأرش والتملك بالقيمة ، . . . وهـٰذا أصح في المذهب) ، وهو بخلاف قوله هنا وفي « مغني المحتاج » (٢/٣٥٠) إذ المراد بقوله : (بالأول والثالث) : الإبقاء بأجرة والتملك بالقيمة ، فليعلم .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٢٩٨) ، المحرر (٢/٦٩٩) .

(٥) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ١/٥٨٢ ـ ٥٨٣) مخطوط ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٣٣٣) .

بأجرة المثل في الثاني ، وتأخير التخيير إلىٰ بعد الجداد ـ كما في الزرع ـ في الثالث ؛ لأن له أمداً يُنتظَر .

وإن لم يرضَ الشريك في الثاني بالأجرة . . أعرض الحاكم عنهما .

ومحلُّه أيضاً : إذا لم يُوقَف البناء والغراس ، وإلا . . قال ابن الرفعة وغيره : (فيتعيَّن تبقيتهما بالأجرة)[(١)] ، والزركشيُّ : (يتخيَّر بين ذٰلك وبين قلعهما بالأرش)[(٢)] .

ومحلُّه أيضاً : إذا لم تُوقَف الأرض ، وإلا . . فيتخيَّر بين الثلاث ، لٰكن لا يقلع بالأرش إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة ، ولا يتملَّك بالقيمة إلا إذا كان في شرط الوقف جواز تحصيل مثل ذٰلك البناء والغراس من ريعه ، وبذٰلك أفتى ابن الصلاح في نظيره من (الإجارة)[(٣)] .

❊ ❊ ❊

ولو قطع شخصٌ غصناً له ووصله بشجرة غيره . . فثمرة الغصن لمالكه ، لا [لمالك][(٤)] الشجرة ؛ كما لو غرسه في أرض غيره ، ثم إن كان الوصل بإذن المالك . . فليس له قطعه مجاناً ، بل يتخيَّر المالك بين أن يبقيه بالأجرة أو يقلعه مع غرامة أرش النقص ، ولا يتملَّكه بالقيمة .

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٣٣) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٣٣) .

(٣) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٢٩ ـ ٣٣٠) .

(٤) في الأصل : (المالك) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٥٠) .

فَإِنْ تَشَاحَّا . . لَمْ يُمْنَعِ ٱلْمُعِيرُ مِنْ دُخُولِ أَرْضِهِ ، وَيُمْنَعُ ٱلْمُسْتَعِيرُ مِنْ دُخُولِهِ لِلتَّفَرُّجِ ، وَلَا يُمْنَعُ مِنْ دُخُولِهَا لِلسَّقْيِ وَٱلْإِصْلَاحِ ، وَقِيلَ : يُمْنَعُ مِنْ ذَٰلِكَ . . . .

(**فإن تشاحَّا**) بأن امتنع المعير من التخيير والمستعير من بذل الأجرة وقد طلبها المعير . . أعرض الحاكم عنهما إلىٰ أن يختار [المعير][1] ما له اختياره ، و(**لم يمنع المعيرُ من دخول أرضه**) والانتفاع بها ؛ لأنها ملكه ، ولا من الاستظلال بالبناء والغراس ؛ لأنَّه جالسٌ في ملكه ، (**ويمنع المستعير من دخوله للتفرُّج**) أو لا لغرضٍ بغير إذن المعير ؛ إذ لا ضرورة إليه ، (**ولا يمنع من دخولها للسقي**) للغراس (**والإصلاح**) له أو للبناء ؛ صيانةً لملكه عن الضياع ، ولا من دخوله لأخذ ثمرٍ أو جريد أو نحو ذٰلك من غراسه ، (**وقيل : يمنع من ذٰلك**) جميعه ؛ لأنه يشغل بدخوله ملك غيره إلىٰ أن يصل إلىٰ ملكه .

نعم ؛ على الأول : لو تعطَّل نفع الأرض علىٰ مالكها بدخوله . . لم يلزمه أن يُمكِّنه من دخولها إلا بأجرةٍ ؛ كما نقله الرافعي عن « التتمة » وأقرَّه[2]

وفُهِم ممَّا تقرَّر في المعير :/ عدم جواز الاستناد إلى البناء والغراس ، وبه قطع القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والعمراني وغيرهم[3] ، وحكاه القاضي حسين ، **ثم استشكله بما مرَّ في** (**الصلح**) : من جواز هٰذا في جدار الأجنبي[4] 1/٤٣٥

---

(١) في الأصل : (المستعير) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٥٠) .

(٢) الشرح الكبير (٥/٣٨٧) ، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/١٢) مخطوط .

(٣) الشامل (ق ٢/٤٠) مخطوط ، البيان (٦/٥٢١) ، وانظر « قوت المحتاج » (٣/٢٣٨) .

(٤) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٣٣) ، وانظر ما تقدم (٤/٥٠٤) .

وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ ٱلْأَرْضِ بَيْعَ ٱلْأَرْضِ . . جَازَ ، وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ ٱلْغِرَاسِ بَيْعَ ٱلْغِرَاسِ . . جَازَ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ ٱلْأَرْضِ . وَإِنْ حَمَلَ ٱلْمَاءُ بَذْراً لِرَجُلٍ . . . .

وأُجيب : بحمل ما هنا علىٰ ما فيه ضررٌ ؛ فإذاً لا فرق .

* * *

(**وإن أراد صاحب الأرض بيع الأرض**) لصاحبه أو لأجنبيٍّ . . (**جاز**) لأنه ملكه ، فهو كسائر أملاكه ، (**وإن أراد صاحب الغراس بيع الغراسِ . . جاز**) لِمَا مرَّ .

(**وقيل : لا يجوز من غير صاحب الأرض**) لأن ملكه غير مستقرٍّ ؛ لأن للمعير تملُّكَه بالقيمة .

ورُدَّ : بأنَّ هـٰذا لا يمنع البيع ؛ كما في بيع الشقص المشفوع ، وللمشتري من معيرٍ أو مستعيرٍ الخيار إن جهل الحال ، وله حكمه فيما مرَّ له (١)

ولو باعا ملكيهما بثمنٍ واحدٍ . . جاز للضرورة ، ووُزِّع الثمن علىٰ قيمة الأرض مشغولةً بالغراس أو البناء ، وعلىٰ قيمة ما فيها وحده ، فحصَّة الأرض للمعير ، وحصَّة ما فيها للمستعير .

*

(**وإن حمل الماء**) أو نحوُه كهواءٍ (**بذراً**) بإعجام الذَّال (**لرجلٍ**) مثلاً

---

(١) عبارة « فتح الوهاب » (١/٢٣١) : (وللمشتري الخيار إن جهل ، وله حكم من باعه من معيرٍ ومستعيرٍ فيما مرَّ لهما) .

إِلَىٰ أَرْضِ آخَرَ فَنَبَتَ . . فَقَدْ قِيلَ : يُجْبَرُ عَلَىٰ قَلْعِهِ ، وَقِيلَ : لَا يُجْبَرُ . وَإِنِ ٱسْتَعَارَ شَيْئاً لِيَرْهَنَهُ بِدَيْنٍ فَرَهَنَهُ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ ٱلْعَارِيَّةِ ؛ فَإِنْ تَلِفَ فِي يَدِ ٱلْمُرْتَهِنِ ، أَوْ بِيعَ . . . .

(**إلىٰ أرض آخر فنبت**) فيها . . (**فقد قيل**) وهو الأصح : (**يُجبَر علىٰ قلعه**) [لأن][1] مالك الأرض لم يأذن فيه .

(**وقيل : لا يُجبَر**) لأنه غير متعدٍّ ، فهو كمستعيرٍ ، والنابت لصاحب البذر ؛ لأنه عينُ ماله ولو كان لا قيمة له ؛ كحبَّةٍ أو نواةٍ لم يعرض عنها مالكها المعتبرُ إعراضُه ، **وعلى الأوَّل** : يلزمه تسوية الأرض ؛ لأن ذٰلك لتخليص ملكه ، وجزم في « المطلب » بأنه لا أجرة عليه للمدَّة التي قبل القلع وإن كثرت ؛ لعدم الفعل منه[2] .

أما إذا أعرض عنها مالكها المعتبر إعراضُه . . فهي لمالك الأرض ، ولو لم ينبت المحمول الذي لم يقع فيه إعراضٌ معتبرٌ . . لزم صاحب الأرض ردُّه للمالك إن حضر ، وإن غاب . . ردَّه للقاضي .

[الاستعارة لغرض الرهن]

(**وإن استعار شيئاً ليرهنه بدَينٍ فرهنه . . ففيه قولان ؛ أحدهما : أن حكمه حكم العاريَّة**) أي : باقٍ عليها لم يخرج عنها من جهة المعير إلىٰ ضمان الدَّين في ذٰلك الشيء وإن كان يباع فيه ، (**فإن تلف في يد المرتهن أو بِيعَ**

---

(١) في الأصل : (لأنه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٣٤) .

(٢) المطلب العالي (ق ١١/١٨٧) مخطوط .

فِي ٱلدَّيْنِ . . ضَمِنَهَا ٱلْمُسْتَعِيرُ بِقِيمَتِهَا ، وَٱلثَّانِي : أَنَّ ٱلْمُعِيرَ كَٱلضَّامِنِ لِلدَّيْنِ ؛ فَلَا يَجُوزُ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ جِنْسَ ٱلدَّيْنِ وَقَدْرَهُ وَصِفَتَهُ ، وَإِذَا تَلِفَتْ فِي يَدِ ٱلْمُرْتَهِنِ . . لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . . . .

في الدَّين . . ضمنها) أي : العين المعارة (**المستعيرُ بقيمتها**) لأنَّ العاريَّة مضمونةٌ بالقيمة .

(**والثاني**) وهو الأظهر : (**أن المعير كالضامن للدَّين**) في رقبة ذٰلك الشيء ، (**فلا يجوز**) علىٰ هٰذا (**حتىٰ** [**يبيِّن**][1] **جنس الدَّين وقدره وصفته**) كحلولٍ وتأجيلٍ ، وصحةٍ وتكسُّرٍ ، وكذا المرهون عنده ؛ لاختلاف الأغراض بذٰلك ، ولا يُشترَط واحدٌ ممَّا ذُكِر علىٰ قول العاريَّة ، وإذا عيَّن شيئاً من ذٰلك . . لم تجز مخالفته على القولين .

نعم ؛ لو عيَّن قدراً فرهن بما دونه . . جاز ؛ لأن المالك إذا رضي بالأكثر . . فبالأقلِّ بطريق الأولىٰ ، ولا يحتاج أن يقيد ذٰلك بغير الجنس كما قد يتوهَّم ؛ لأن ذٰلك داخلٌ في اختلاف الجنس .

❊

(**وإذا تلفت**) أي : العين المعارة للرهن بعد رهنها ، أو بِيعَت في جنايةٍ (**في يد المرتهن . . لم يرجع**) مالكها (**بشيءٍ**) على الراهن ؛ لأنه لم يسقط الحقَّ عن ذمَّته ، ولا شيء على المرتهن على القولين ؛ لأنه أمينٌ .

وخرج بـ (**المرتهن**) : ما لو تلفت في يد الراهن . . فإنه يضمنها ؛ لأنه

---

(١) في الأصل : (يتبين) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَإِنْ بِيعَ فِي ٱلدَّيْنِ . . رَجَعَ بِمَا بِيعَ بِهِ . . . .

مستعيرٌ ، ولم يتم عليه حكم الضمان ،/ ولو أتلفها إنسانٌ . . أُقِيم بدلها [مقامها] (١) ؛ كما قاله الزركشي (٢) ، ولو أعتقها المالك . . فكإعتاق المرهون ؛ كما جرىٰ عليه ابن المقري تبعاً لـ « التهذيب » (٣) ، ولا رجوع للمالك بعد قبض المرتهن على القولين ، وله الرجوع قبله كذٰلك ؛ لعدم لزومه . ٤٣٥/ب

* * *

وللمرتهن فسخ بيعٍ شرط فيه الرهن إن جهل كونه معاراً ، وأن لمالكه الرجوع فيه ، بخلاف ما إذا علم بذٰلك ، وليس للمالك إجبار الراهن علىٰ فكِّ الرهن إذا كان الدَّين مؤجّلاً ؛ كما لو ضمن شخصٌ دَيناً مؤجّلاً ، لا يطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمَّته ، فإذا حلَّ الدَّين ، أو كان حالّاً وأمهله المرتهن . . فللمالك إجباره علىٰ فكِّهِ ، ويأمر المالك المرتهن بالمطالبة بدَينه ليأخذه فينفكَّ الرهن ، أو يردَّ المرهون إليه ، فإن طالب المرتهن الراهن فامتنع من فكاكه . . استُؤذِن المالك في بيعه ؛ فقد يريد فداءه ، ولأنه لو رهن علىٰ دَين نفسه . . لوجب مراجعته ، فهنا أَولىٰ .

* * *

(**وإن**) لم يأذن ولم يوفِ . . (**بِيعَ**) عليه (**في الدَّين**) وإن كان الراهن موسراً ؛ كما لو ضمن في ذمَّته . . فإنه يطالب وإن كان الأصيل موسراً ، وإذا بِيعَ فيه . . (**رجع**) المالك على الراهن (**بما بِيعَ به**) المرهون علىٰ قول

---

(١) في الأصل : (مقامهما) ، والتصويب من سياق عبارة « أسنى المطالب » (٢/١٤٩) .
(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/١٤٩) .
(٣) روض الطالب (١/٣١٠) ، التهذيب (٤/٦٩) .

وَإِنْ أَعَارَهُ حَائِطاً لِوَضْعِ ٱلْجُذُوعِ . . لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا مَا دَامَتْ عَلَيْهِ ٱلْجُذُوعُ .

الضمان ، سواء أبيع بقيمته أم بأكثر أم بأقل بقدرٍ يتغابن الناس بمثله ، وعلىٰ قول العارية : يرجع بقيمته .

ولو رهن عبده بدَينِ غيرِه بإذنه . . صحَّ ، ورجع عليه بما بِيعَ به إن بِيعَ ، أو رهنه بغير إذنٍ . . صحَّ ، ولم يرجع عليه بشيءٍ ؛ كنظيره في الضمان .

وأشار الشيخ رحمه الله بهـٰذه المسألة إلىٰ أن المرهون لا يُشترَط أن يكون ملكاً للراهن ؛ **لأن المقصود** : الوثيقة ، وهي حاصلةٌ به[1] بدليل الإشهاد والكفالة .

وشمل كلامهم : الدراهم والدنانير ، فتصح [إعارتها لذٰلك][2] ، قال الإسنوي : (**وهو المتَّجه** وإن منعنا إعارتهما لغير ذٰلك)[3]

[إعارة الحائط لوضع الجذوع]

(**وإن أعاره حائطاً لوضع الجذوع**) عليه . . جاز ، واستفاد المستعير الوضع من ذٰلك مرةً واحدةً ، وللمالك الرجوع قبل وضع الجذوع عليها ، و(**لم يرجع فيها**) أي : العارية بعد الوضع (**ما دامت عليه الجذوع**) في وجهٍ رجَّحه الشيخ رحمه الله ؛ لأن مثل هـٰذه الإعارة يُراد بها التأبيد ؛ كالإعارة لدفن الميت .

---

(١) أي : بما لا يملك .

(٢) في الأصل : (إعارتهما بذٰلك) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/١٤٨) ، و« مغني المحتاج » (ق ٢/٨٧) مخطوط من المكتبة الأزهرية برقم (٤٠٨٥٦) .

(٣) كافي المحتاج (ق ٣/٢٠٣) مخطوط .

فَإِنِ ٱنْهَدَمَ ، أَوْ هَدَمَهُ ، أَوْ سَقَطَتِ ٱلْجُذُوعُ . . فَقَدْ قِيلَ : يُعِيدُ مِثْلَهَا ، وَقِيلَ : لَا يُعِيدُ ، وَهُوَ ٱلْأَصَحُّ . وَإِذَا أَعَارَهُ أَرْضاً لِلدَّفْنِ . . لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا

والأصح : أن له الرجوع ؛ كسائر العواري ، فيبقيها بالأجرة ، أو يرفعها ويغرم أرش النقص ؛ كما لو أعار أرضاً للبناء ، قال الرافعي : (ولا تجيء الخصلة الثالثة فيمن أعار أرضاً للبناء[1] ؛ لأن الأرض أصلٌ ، فاستتبع)[2]

* * *

(**فإن انهدم**) الجدار (**أو هدمه**) بغير تعدٍّ أو به ، وأعاده بنقضه (**أو سقطت الجذوع**) والحائط باقٍ . . (**فقد قيل : يعيد مثلها**) اعتماداً على الإعارة السَّابقة .

(**وقيل : لا يعيد**) إلا بإذنٍ جديدٍ (**وهو الأصح**) لأن المأذونَ فيه هو الأول ، وقد زال ، فإن أُعيد الجدار بغير النقض . . لم يملك الإعادة عليه بلا خلافٍ ؛ كما جرىٰ عليه جماعةٌ منهم الرافعي[3] ، ومنهم من أجرى الخلاف .

[إعارة الأرض للدفن]

(**وإذا أعاره أرضاً للدفن**) للميت المحترم ، وفعل المستعير . . (**لم يرجع**) أي : المعير (**فيها**) أي : في موضعه الذي دُفِن فيه ، وامتنع أيضاً على

---

(١) وهي التملك بالقيمة . « فتح الوهاب » (١/٢١١) .

(٢) الشرح الكبير (٥/١٠٥) .

(٣) الشرح الكبير (٥/١٠٥) .

مَا لَمْ يَبْلَ ٱلْمَيِّتُ . . . .

١/٤٣٦ المستعير ردُّها ؛ فهي لازمةٌ من جهتهما (ما لم يبلَ الميت) بأن يصير/ تراباً لا يبقىٰ منه شيءٌ ؛ محافظةً علىٰ حرمة الميت ، ولهما الرجوع قبل وضعه فيه لا بعده وإن لم يُوارَ بالتراب ؛ كما هو قضيَّة كلام « الشرح الصغير »[١] ، خلافاً لِمَا قاله المتولي من جواز الرجوع[٢] .

* * *

وصورة ذٰلك بعد البِلىٰ : إذا أَذِن المعير في تكرار الدفن ، وإلا . . فقد انتهت العاريَّة ، وإذا امتنع الرجوع قبل البِلىٰ . . لا يستحقُّ المعير أجرةً ؛ كما صرَّح بذٰلك البغوي والماوردي وغيرهما[٣] ؛ لأنَّ العرف غير قاضٍ به ، والميت لا مالَ له .

وللمعير سقي شجرٍ بالأرض التي بها القبر إن أمن ظهور شيءٍ من الميت ، وإلَّا . . امتنع عليه .

ولو أظهره السَّيل من قبره . . قال الماوردي والروياني : (تجب إعادته فيه ؛ لأنه قد صار حقّاً له مؤبَّداً)[٤] .

قال ابن الرفعة : (وقد يوجَّه : بأن دفنه على الفور ، وفي تأخيره إلىٰ حفر غيره ونقله إليه تأخيرٌ للواجب)[٥] .

---

(١) الشرح الصغير (ق ٤/٥) مخطوط .
(٢) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/١٥) مخطوط .
(٣) فتاوى البغوي (ص ١١٠) ، الحاوي الكبير (٨/٤١٠) .
(٤) الحاوي الكبير (٨/٤١٠) ، بحر المذهب (٩/١١) .
(٥) المطلب العالي (ق ١١/١٨١) مخطوط .

ويُؤخَذ من ذٰلك : أنَّ السيل لو حمله إلىٰ موضعٍ مباحٍ يمكن دفنه فيه من غير تأخيرٍ . . مُنِع إعادته ، وعلى المعير لوليِّ الميت مؤنةُ حفر ما رجع فيه قبل الدفن ؛ لأنه المورِّط له .

＊ ＊ ＊

واستشكل الإسنوي بما في « فتاوى البغوي » : من أن المعير لو بادر إلىٰ زراعة الأرض بعد تكريب المستعير لها . . لم تلزمه أجرة التكريب [١]

وأُجيب : بأن الدفن لا يمكن إلا بالحفر ، بخلاف الزراعة ؛ فإنها ممكنةٌ بدون التكريب .

ولا يلزم الوليَّ الطمُّ لِمَا حفره ؛ لأنه بالإذن .

＊ ＊ ＊

ولا يرجع كلٌّ من العاقدين في ثوبٍ كفَّن فيه المعيرُ أجنبياً قبل الدفن أو بعده ، أو أحرم فيه عارٍ بمكتوبةٍ ؛ لِمَا في ذٰلك من هتك الحرمة ، فتلزم الإعارة من جهتهما في هاتَينِ الصورتين .

ومحلُّ اللزوم من جهتهما في الصلاة ـ كما قاله شيخنا الشهاب الرملي ـ : إذا استعاره ليصلي فيه الفرض [٢] ، أما إذا استعاره لمطلق الصلاة . . فهي لازمةٌ من جهة المستعير فقط إن أحرم فيه بفرضٍ ، وجائزةٌ من جهتهما إن أحرم بنفلٍ .

---

(١) كافي المحتاج (ق ٣/٢٨١ ـ ٢٨٢) مخطوط ، فتاوى البغوي (ص ٢٠٢) ، **والتكريب** : قلبُها للحرث .

(٢) حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب (٢/٣٣٢) .

وَفِيمَا سِوَاهُ يَرْجِعُ إِذَا شَاءَ . وَمُؤْنَةُ ٱلرَّدِّ عَلَى ٱلْمُسْتَعِيرِ . . . .

وفيما لو أعاره سفينةً فطرح فيها مالاً وهي في اللُّجَّة ، أو أعاره آلةً لسقي حيوانٍ محترمٍ يُخشىٰ هلاكه .

* * *

ولازمةٌ من جهة المعير فقط : فيما لو قال : (أعيروا داري بعد موتي لزيدٍ شهراً) ، أو نذر أن يعيره مدَّةً معلومةً ، أو ألَّا يرجع فيما أعاره .

وتلزم من جهة المستعير : في إسكان معتدَّةٍ ، وفيما إذا استعار آلة الاستقاء لوضوءٍ أو إزالة نجسٍ وقد ضاق الوقت .

(**وفيما سواه**) أي : الدفن وما ذُكِر معه (**يرجع إذا شاء**) لِمَا عُلِم ممَّا مرَّ : أنها جائزةٌ من الجانبين ، **ويُؤخَذ من جوازها** : أنها تنفسخ بموت أحد العاقدين ، وجنونه ، وإغمائه ، والحجر عليه بسفهٍ ؛ كسائر العقود الجائزة ، وبحَجْر فلسٍ على المعير ؛ كما بحثه شيخنا شيخ الإسلام زكريا [١]

[مؤنة ردّ العارية]

(**ومؤنة الردِّ**) للعارية إذا كان له مؤنةٌ (**على المستعير**) من المالك أو المستأجر أو نحوه ؛ كالموصىٰ له بالمنفعة ؛ لخبر : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤدِّيه » رواه/ الحاكم وصحَّحه علىٰ شرط البخاري [٢] ، ولأن الإعارة بِرٌّ ومكرمةٌ ، فلو لم تُجعَل المؤنة على المستعير . . لامتنع الناس منها . ٤٣٦/ب

---

(١) أسنى المطالب (٢/٣٣٢) .

(٢) المستدرك على الصحيحين (٢/٤٧) عن سيدنا سمرة بن جندب رضي الله عنه ، وقد تقدم (٤/١٢٥) ، وعزاه للترمذي .

نعم ؛ المستعير من المستأجر إن لم يردَّ عليه بل على المالك . . فالمؤنة على المالك ؛ كما لو ردَّ عليه المكتري .

وخرج بـ (مؤنة الردِّ) : مؤنة العاريَّة ، فهي على المالك ؛ لأنها من حقوق الملك ؛ كما في « البيان »(١) ، وخالف القاضي فقال : (إنها على المستعير)(٢) .

* * *

وإذا انفسخت العاريَّة أو انتهت . . وجب على المستعير ـ إن كان حيّاً ، أو الورثة إن كان ميتاً ـ ردُّها فوراً وإن لم يطالب المعيرُ ، فإن أخَّر الورثة ؛ فإن كان لعدم تمكُّنهم منه . . فهي مضمونةٌ في تركة المستعير ولا أجرة ، وإلا فهي مضمونةٌ عليهم مع الأجرة ، ومؤنة الردِّ في هـٰذه الحالة عليهم ، وفي الأولىٰ على التركة .

* * *

وإنَّما يبرأ من وجب عليه الردُّ من ضمانها بردِّها إلى المالك ، أو وكيله فيه ، أو الحاكم عند غيبة المالك أو حجره عليه بسفهٍ أو فلَسٍ ، فلو ردَّ الدَّابة للإصطبل ، أو الثوب ونحوه للبيت الذي أخذه منه . . لم يبرأ إلا أن يُعْلِم به المالك ، أو يُخبره ثقةٌ ؛ كما قاله المتولي(٣) .

وكذا لا يبرأ بالردِّ إلىٰ ولد المالك ولا إلىٰ زوجته وإن لم يجد المالك ولا

---

(١) البيان (٦/٥١٨) .

(٢) انظر « المطلب العالي » (ق ١١/ ١٧٠) مخطوط .

(٣) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/ ٥) مخطوط .

فَإِنْ تَلِفَتِ ٱلْعَارِيَّةُ . . وَجَبَ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَوْمَ ٱلتَّلَفِ . . . .

وكيله ، بل [يضمنان] [1] بالردِّ إليهما ، فإن أرسلاها إلى المرعىٰ وتلفت . . فالقرار عليهما ؛ لحصول التلف في يدهما .

[ضمان العارية إذا تلفت]

الحكم الثالث من أحكام العارية : أنها مضمونةٌ إذا تلفت أو [شيءٌ] [2] منها في غير [الاستعمال] المأذون فيه ، **وإلىٰ ذٰلك أشار بقوله** : (**فإن تلفت العاريّة**) بغير الاستعمال المأذون فيه . . (**وجب عليه قيمتها يوم التلف**) وإن لم يفرط ؛ للخبر السابق [3] ، ولأنه مالٌ يجب ردُّه لمالكه ، فيضمن عند تلفه كالمستام .

* *

فلو أعاره بشرط أن تكون أمانةً . . لغا الشرط ولم تبطل ؛ كما هو مقتضىٰ كلام الإسنوي [4] ، ولو أعاره عيناً بشرط ضمانها عند تلفها بقدرٍ معيَّنٍ . . قال المتولي : (فسد الشرط دون العارية) [5] ، قال الأذرعي : (وفيه وقفة) [6] .

---

(١) في الأصل : (يضمن) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٢٩) .

(٢) في الأصل : (شيئاً) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٣) تقدم تخريجه قريباً (٥/١٥٥) .

(٤) كافي المحتاج (ق ٣/٢٨٠) مخطوط .

(٥) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/٤) مخطوط .

(٦) قوت المحتاج (٣/٢٢٤) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٤٤) : (فسد الشرط دون العارية ؛ كما قاله المتولي وإن قال الأذرعي : فيه وقفة) .

وَقِيلَ : تَجِبُ قِيمَتُهَا أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ ٱلْقَبْضِ إِلَىٰ حِينِ ٱلتَّلَفِ . . . .

ويضمن التالف بالقيمة وإن كان مثلياً ؛ كخشبٍ وحجرٍ علىٰ ما جزم به في « الأنوار » واقتضاه كلام جمعٍ [١]

وقال ابن أبي عصرون : (يضمن المثلي [بالمثل]) [٢] ، وجرىٰ عليه السبكي [٣] ، وهو الجاري على القواعد .

* * *

(وقيل : تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلىٰ حين التلف) لأنها لو تلفت في حال زيادة القيمة . . لضمنها ، فأشبهت المغصوب ، **وقيل : يجب قيمتها يوم القبض** ؛ لأنه وقت دخولها في ضمانه .

وعلى المستعير للعين من الغاصب إذا تلفت في يده قرار ضمان قيمتها يوم التلف ، وقرار بدل منافع استوفاها ، لا قرار زيادةٍ كانت في يد المُعير له ، ولا في يده إن تلفت بنفسها وإن ضمنها ، بل قرار الضمان على الغاصب ، وهو طريقٌ في الضمان .

---

(١) الأنوار لأعمال الأبرار (٣٨/٢) .

(٢) الانتصار (ق ١٦٩/٣) مخطوط ، وفي الأصل : (بالمثلي) ، والتصويب من « الانتصار » .

(٣) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٦/٣ ـ ٧ ، ٨٧/٤) مخطوط ، واعتمده الشارح رحمه الله تعالىٰ في « الإقناع » (٣٠٦/١) قال : (**فهو المعتمد**) ، وعبارته في « مغني المحتاج » (٣٥٣/٢ ـ ٣٥٤) : (تنبيه : **قضية كلام الشيخين في كتبهما** : أنه لا فرق في ضمانه بالقيمة بين المتقوم والمثلي ، قال الإسنوي : وهو كذٰلك . . . فما في كتب الشيخين ماشٍ **على الصحيح** ، وجزم به في « الأنوار » واقتضاه كلام جمعٍ ، وحينئذٍ يصير مستثنىً من قاعدة : أن المثلي يضمن بالمثل ، وقال ابن أبي عصرون : يضمن المثلي بالمثل ، وجرىٰ عليه السبكي ، وقال شيخنا : **وهو الأوجَهُ**) انتهىٰ باختصار .

وإن استعار من مستأجرٍ من غاصبٍ . . ضمن ، ورجع بما غرمه على المستأجر ، ويرجع المستأجر على الغاصب .

١/٤٣٧ ولو استعار رقيقاً عليه ثيابٌ . . لم تكن مضمونةً/ عليه ؛ لأنه لم يأخذها ليستعملها ، بخلاف إكاف الدابة ، قاله البغوي في « فتاويه »[١] .

* * *

أما إذا تلفت هي أو أجزاؤها باستعمالٍ مأذونٍ فيه ؛ كاللبس أو الركوب المعتاد . . فلا يضمنها ولا أجزاءها ؛ لحصول التلف بسببٍ مأذونٍ فيه ، فأشبه ما لو قال : (اقتل عبدي) .

فإذا ماتت الدابة بثقله ، أو ثقل المأذون فيه بحيث يقتل هٰذا الثقل غالباً . . لم يضمن ، وإلا . . ضمن ؛ كما يُؤخَذ من قولهم : (أما تلفها بالمأذون فيه . . فلا ضمان فيه ؛ للإذن فيه) .

* * *

وكذا لا يضمن المستعير من نحو مكترٍ ؛ كموصىً له بالمنفعة ؛ لأنه نائبه ، وهو لا يضمن ، فكذا هو ، بخلاف المستعير من مستأجرٍ إجارةً فاسدةً ؛ لأنَّ معيره ضامنٌ ؛ كما جزم البغوي ، وعلَّله : بأنه فعل ما ليس له ، قال : (والقرار على المستعير)[٢] ، ولا يقال : حكم [الفاسدة][٣] حكم الصحيحة

---

(١) فتاوى البغوي (ص ٢١٦) .

(٢) فتاوى البغوي (ص ٢٠١) .

(٣) في الأصل : (الفاسد) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٢٩) ، و« تحفة المحتاج » (٥/٤٢٢) .

وَإِنْ تَلِفَ وَلَدُهَا . . ضَمِنَ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . . . .

في كل ما تقتضيه ، بل في سقوط الضمان بما تناوله الإذن فقط .

ولا يضمن أيضاً ما تلف في شغل مالكٍ تحت يد غيره ؛ كأن يُسلِّم إليه دابته ليروضها ، أو ليقضي عليها حاجته ؛ لأنه نائبه ، ولو [أركبها][1] منقطعاً في الطريق تقرُّباً لله تعالىٰ ، فتلفت . . ضمن سواء التمس الراكب ذٰلك أم ابتدأه المُرْكِب ؛ كسائر العواري ، وإن أركبه معه عليها فتلفت بغير الركوب . . فنصف الضمان على الرديف .

* * *

ولو وضع متاعه علىٰ دابة رجلٍ وقال له : (سيِّرها) ففعل ، فتلفت بغير الوضع . . ضمنها ، وإن كان عليها متاعٌ لغيره ، فتلفت بذٰلك . . ضمن منها بقسط متاعه عليها ، وإن سيَّرها المالك بغير أمر الواضع . . لم يضمن الواضع ، بل يضمن المالك متاعه ؛ إذ له طرحه عنها .

وإن حمل صاحب الدابة متاعه ؛ فإن كان بسؤاله . . فهو معيرٌ له ، أو بسؤال المالك . . فهو مستودِعٌ متاعه ، ولا تدخل الدابة في ضمانه[2]

* * *

(**وإن تلف ولدها**) أي : الدابة المعارة . . (**ضمن**) ه في وجهٍ كأمِّه .

(**وقيل**) وهو **الأصح** : (**لا يضمن**) ه ؛ لأنه غير معارٍ معها ، وسواء الموجود عند العقد ؛ بأن تبعها ولدها والمالك ساكتٌ يعلم به ، والحادث بعده ؛ كأن

---

(١) في الأصل : (أركبه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٢٩) .

(٢) في هامش الأصل : (بلغ) .

وَمَنِ ٱسْتَعَارَ شَيْئاً . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يُعِيرَهُ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ فَإِنْ أَعَارَهُ فَهَلَكَ عِنْدَ ٱلثَّانِي فَضَمِنَ . . لَمْ يَرْجِعْ عَلَى ٱلْأَوَّلِ . . . .

ولدته عند المستعير ، فهو أمانةٌ في يده ؛ كما لو طيَّرت الريح ثوباً إلىٰ داره ، فإذا تمكَّن من ردِّه ولم يردَّه . . ضمنه .

[لا يجوز للمستعير أن يعير]

(**ومن استعار شيئاً . . لم يجز أن يعيره**) لأنه غير مالكٍ لمنفعته ، وإنَّما أُبيح له الانتفاع ، فلا يملك نقل الإباحة ؛ كما أنَّ الضيف لا يبيح لغيره ما قُدِّم له .

(**وقيل : يجوزُ**) له أن يعير كما أن للمستأجر أن يؤجِّر (**وليس بشيءٍ**) لأن المستأجر ملك المنفعة بخلافه .

(**فإن أعاره**) بغير إذن المالك (**فهلك عند الثاني فضمن . . لم يرجع على الأوَّل**) بما غرمه ؛ لأن قرار الضمان عليه ؛ لتلفه تحت يده .

فإن أذن له المالك . . صحَّت الإعارة ، قال الماوردي : (ثم إن لم يسمِّ من يعير له . . فالأول علىٰ عاريته ؛ وهو المعير من الثاني ،/ والضمان باقٍ عليه ، ٤٣٧/ب
وله الرجوع فيها ، وإن ردَّها الثاني [عليه] . . برئ ، وإن سمَّاه . . انعكست هٰذه الأحكام)[1]

❊ ❊

وللمستعير أن يستنيب من يستوفي له المنفعة ؛ كأن يركب الدابة المستعارة وكيله في حاجته أو زوجته أو خادمه ؛ لأن الانتفاع راجعٌ إليه بواسطة المباشر .

---

(١) الحاوي الكبير (٨/٤١٢) .

وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ دَابَّةً فَرَكِبَهَا ، ثُمَّ ٱخْتَلَفَا ؛ فَقَالَ صَاحِبُ ٱلدَّابَّةِ : (أَجَّرْتُكَهَا فَعَلَيْكَ ٱلْأُجْرَةُ) ، وَقَالَ ٱلرَّاكِبُ : (بَلْ أَعَرْتَنِي) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلرَّاكِبِ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ . . . .

وإذا استعار كتاباً فرأىٰ فيه خطأً . . لا يصلحه بغير إذن مالكه ، إلا أن يكون قرآناً . . فيجب ؛ كما في « زيادات العبادي »[(١)]

[اختلاف المالك وذي اليد]

ثم شرع الشيخ في الاختلاف بين المالك وذي اليد فقال : (وإن دفع إليه دابةً فركبها ثم اختلفا ؛ فقال صاحب الدابة : أجَّرتكها فعليك الأجرة ، وقال الراكب : بل أعرتني . . فالقول قول الراكب) بيمينه **(في أصح القولين)** إن لم تمضِ مدَّةٌ لها أجرة ، ولم تتلف العين ؛ لأنه لم يتلف شيئاً حتىٰ نجعله مدَّعياً ؛ لسقوط بدله ، فيحلف : (ما أجَّرتني) لتسقط عنه الأجرة ، ويردُّ العين لمالكها ، فإن نكل . . حلف المالك يمين الردِّ ، واستحقَّ الأجرة ، فإن مضت مدَّةٌ لها أجرةٌ . . صُدِّق المالك بيمينه ؛ كما لو أكل طعام غيره وقال : (كنتَ أبحتَهُ [لي]) ، وأنكر المالك ، ولأنَّ الغالب إنَّما يؤذن بالانتفاع بمقابلٍ .

* * *

ولا يشكل ذلك بما لو قال الغسَّال أو الخيَّاط : (فعلت بالأجرة) ، ومالك الثوب : (مجاناً) ، حيث لا يُصدَّق مالك المنفعة ، بل مالك الثوب ؛ لأن العامل فوَّت منفعة نفسه ثم ادَّعىٰ عوضاً على الغير ، والمتصرِّف فوَّت

(١) الزيادات على الفتاوىٰ (ص ٦١) .

وَٱلثَّانِي : قَوْلُ ٱلْمَالِكِ . وَإِنْ قَالَ صَاحِبُ ٱلدَّابَّةِ : (أَعَرْتُكَهَا) ، وَقَالَ ٱلرَّاكِبُ : (بَلْ أَجَّرْتَنِي) . . فَٱلْقَوْلُ . . . .

منفعة مال غيره ، وطلب إسقاط الضمان عن نفسه فلم يُصدَّق .

* * *

وإذا صدَّقنا المالك . . فيحلف : (ما أعرتك ، بل أجَّرتك) ليستحقَّ الأجرة ، ولا يكفي الاقتصار علىٰ نفي الإعارة ؛ لأنه لم ينكر أصل الإذن ، ويستحقُّ أجرة المثل لا المسمَّىٰ ؛ لأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في الأجرة . . كان الواجب أجرة المثل ، فلو نكل عن اليمين . . لم يحلف الراكب ؛ لأنه لا يدَّعي إلا الإعارة ، وهي لا تلزم .

* *

فإن تلفت . . فالراكب مقرٌّ بالقيمة لمنكرها ، وهو يدَّعي الأجرة إن كان التلف بعد مضي مدَّةٍ لها أجرة ، فيُعطَىٰ قدر الأجرة من القيمة بلا يمينٍ ، ويحلف للزائد فيما لو زادت على القيمة .

(و) القول (**الثاني : قول المالك**) لأن المنافع تجري مجرى الأعيان ، فصار كما لو اختلفا في العين بعد استهلاكها ؛ فقال المالك : ([بعتكها]) [1] ، وقال الراكب : (بل وهبتنيها) . . فإن المالك يُصدَّق .

* * *

(**وإن قال صاحب الدابة : أعرتكها ، وقال الراكب : بل أجَّرتني . . فالقول**

---

(١) في الأصل : (بعكتها) ، والتصويب من « المهذب » (١/٤٨١) ، و« النجم الوهاج » (٥/١٦١) .

قَوْلُ صَاحِبِ ٱلدَّابَّةِ . وَإِنْ قَالَ صَاحِبُ ٱلدَّابَّةِ : (غَصَبْتَنِي) ، وَقَالَ ٱلرَّاكِبُ : (بَلْ أَعَرْتَنِي) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلرَّاكِبِ . . . .

قول صاحب الدابة) بيمينه ؛ **لأن الأصل** : بقاء استحقاق المنفعة ، فيسترد العين إن كانت باقية ، فإن نكل عن اليمين . . حلف الراكب اليمين المردودة ، واستوفى المدَّة ، وإن حلف المالك وهناك مدَّةٌ لها أجرةٌ . . فقد أقرَّ له الراكب بأجرةٍ ، وهو ينكرها ، فإن اختلفا في ذٰلك بعد تلف العين وبعد مضي مدَّةٍ لمثلها أجرةٌ ؛ فإن / كانت الأجرة أكثر من القيمة . . أخذ منها قدر القيمة ، 1/438
أو مساويةً لها أو أقلَّ منها . . أخذ قدر الأجرة بلا يمينٍ ، فإن نقصت الأجرة عن القيمة . . حلف للباقي .

* * *

(وإن قال صاحب الدابة : غصبتني ، وقال الراكب : بل أعرتني) وهناك مدَّة لها أجرةٌ ، ولم تتلف العين . . **(فالقول قول)** المالك بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم الإذن ، فللمالك الأجرة ، فإن لم تمضِ مدَّةٌ لها أجرةٌ . . لم يكن للنزاع معنىً ؛ إذ لم [تفت][1] العين ولا المنفعة .

فلو تلفت تلفاً يوجب ضمان العارية . . فله أخذ قيمة يوم التلف بلا يمينٍ ؛ لأن المتصرِّف مقرٌّ بها ، ولا يأخذ الأجرة فيما إذا مضت مدَّةٌ لها أجرةٌ ، ولا الزائد علىٰ قيمة يوم التلف ممَّا اقتضاه الغصب إلا بيمينٍ .

وقيل : القول قول **(الراكب)** بيمينه ؛ لأن الظاهر في اليد أنها بحقٍّ .

---

(١) في الأصل : (تتلف) ، والتصويب من « الشرح الكبير » (٥/٣٩٢) ، و« أسنى المطالب » (٢/٣٣٥) .

ولو قال المالك : (غصبتني) ، وقال الراكب : (أجَّرتني) . . صُدِّق المالك بيمينه ؛ **لأن الأصل** : بقاء استحقاق المنفعة ، فيستردُّ العين إن كانت باقيةً ، وله فيما إذا انقضت مدَّةٌ لها أجرةٌ أخذُ قدر المسمَّىٰ بلا يمينٍ ؛ لأن الراكب مقرٌّ له به ، ويحلف للزائد على المسمَّىٰ ، ولقيمة العين إن تلفت .

* *

ولو قال المالك : (غصبتني) ، وقال ذو اليد : (بل أودعتني) . . صُدِّق المالك بيمينه ، وأخذ القيمة إن تلفت العين ، وأجرةَ المثل إن مضت مدَّةٌ لها أجرةٌ .

*

ولو ادَّعى المالك الإجارة ، وذو اليد الغصب ؛ فإن لم تتلف العين ، ولم تمضِ مدَّة لها أجرةٌ . . صُدِّق ذو اليد بيمينه ، فإن مضت . . فالمالك مدَّعٍ للمسمَّىٰ ، وذو اليد مقرٌّ له بأجرة المثل ، فإن لم يزد المسمَّىٰ عليها . . أخذه بلا يمينٍ ، وإلا . . حلف للزائد .

وإن تلفت ؛ فإن لم تمض مدَّةٌ لها أجرةٌ . . فذو اليد مقِرٌّ بالقيمة لمنكرها ، وإلا . . فهو مدَّعٍ للمسمَّىٰ ، وذو اليد مقرٌّ له بأجرة المثل والقيمة ؛ فإن لم يزد المسمَّىٰ عليهما . . أخذه بلا يمينٍ ، وإلا . . حلف للزائد .

*

ولو ادَّعى المالك الإعارة ، وذو اليد الغصب . . فلا معنىٰ للنزاع فيما إذا كانت العين باقيةً ولم تمضِ مدَّةٌ لها أجرةٌ ، فإن مضت . . فذو اليد مقرٌّ بالأجرة لمنكرها ، وإن تلفت قبل مضي مدَّةٍ لها أجرة ؛ فإن لم يزد أقصى القيم علىٰ

وَإِنِ ٱخْتَلَفَ ٱلْمُعِيرُ وَٱلْمُسْتَعِيرُ فِي رَدِّ ٱلْعَارِيَّةِ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُعِيرِ .

قيمة يوم التلف . . أخذ القيمة بلا يمينٍ ، وإلا . . فالزيادة مقرٌّ بها ذو اليد لمنكرها ، وإن مضت مدَّةٌ لها أجرةٌ . . فالأجرة مقِرٌّ بها ذو اليد لمنكرها .

* * *

(وإن اختلف المعير والمستعير في ردِّ العارية . . فالقول قول المعير) بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم الردِّ مع أن المستعير قبض العين لمحض حقِّ نفسه .

خاتمة

[في حكم استعمال المستعير العارية جاهلاً برجوع المعير]

لو استعمل المستعير العارية جاهلاً برجوع المعير . . لم تلزمه أجرة .

واستُشكِل : بأن الضمان لا فرق فيه بين الجهل وعدمه .

وأجاب الزركشي : بأن ذٰلك عند عدم تسليط المالك ، وهنا بخلافه ، **والأصل** : بقاء السلطنة ، وبأنه المقصِّر بترك الإعلام ، قال : (وفرق القاضي بينه وبين نظيره في الوكالة : بأن الوكالة عقدٌ ، والإعارة إباحةٌ وإذنٌ)[1]

ولا يشكل / الجواب بوجوب الدية على الوكيل إذا اقتصَّ جاهلاً بعزل المستحِقّ ؛ لأنه مقصِّرٌ بتوكُّله في القَوَد ؛ لأنه غير مستحبٍّ ؛ إذ العفو مطلوبٌ ، فضمن زجراً له عن التوكُّل فيه . ٤٣٨/ب

* * *

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٣٦) .

ولو جاوز المستعير المكان بالدابة التي استعارها ليركبها إليه . . ضمن أجرة ذهاب مجاوزتها عنه وإيابها إليه ؛ لتعدِّيه ، وهل له الإياب منه إلى المكان الذي استعارها منه أو لا ؟ **وجهان** ؛ **أحدهما** : لا ؛ لأن الإذن قد انقطع بالمجاوزة .

والثاني ـ وهو الأوجَهُ ـ : نعم ، قال الرافعي : (لأنه مأذونٌ فيه)[1] ، وصحَّحه السبكي[2] ، وتبعه البلقيني أخذاً من كلام المتولي ، قال : (كما لا[3] ينعزل الوكيل عن وكالته بتعدِّيه)[4] .

فإن قلنا : لا إياب له بها . . سلَّمها إلىٰ حاكم البلد الذي استعار إليه ، فإن خالف . . ضمن .

❊ ❊

ولو أودعه ثوباً مثلاً وأذن له في اللبس فلبسه . . صار عاريَّةً ، فإن لم يلبسه . . فهو باقٍ علىٰ كونه وديعةً .

وإن استعار صندوقاً فوجد فيه دراهم مثلاً ؛ فهي أمانةٌ عنده ؛ كما لو طرحت الريح ثوباً في داره ، فإن أتلفها ولو جاهلاً بها . . ضمنها بالإتلاف ، وبالتلف بتقصيره .

❊ ❊ ❊

---

(١) الشرح الكبير (٥/٣٨٠) .

(٢) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/٨٣) مخطوط .

(٣) في الأصل : (لا لا) ، والتصويب من « الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام » .

(٤) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ١/٥٧٩) مخطوط ، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/٨) مخطوط .

بابُ الغَصْب

(باب) بيان (الغصب) وحكمه

هو لغةً : أخذ الشيء ظلماً ، وقيل : أخذه ظلماً جهاراً ، وشرعاً : الاستيلاء علىٰ حقِّ الغير عدواناً ، ذكره النووي في « تحريره » وغيره ، قال : (ولا يصح قول من قال : علىٰ مال الغير ؛ لأنه يخرج المنافع والكلب والسرجين ، وجلد الميتة وخمر الذِّمِّي ، وسائر الاختصاصات)[1] ؛ كحقِّ التحجُّر .

واختار الإمام : أنه الاستيلاء علىٰ مال الغير بغير حقٍّ ، قال : (ولا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه بغير عدوانٍ ؛ كأخذه مال غيره يظنُّه ماله)[2] .

وقول الرافعي : (والأشبه : التقييد به ، والثابت في هـٰذه [الصورة][3] حكم الغصب لا حقيقته)[4] . . قال شيخنا شيخ الإسلام زكريا : (ممنوع ، وهو ناظرٌ إلىٰ أن الغصب يقتضي الإثم مطلقاً ، وليس مراداً وإن كان غالباً)[5]

وقال شيخنا الشهاب الرملي : (الذي يتحصَّل في تعريفه من كلام

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢١٠) .

(٢) نهاية المطلب (١٦٩/٧) .

(٣) في الأصل : (الصور) ، والتصويب من « الشرح الكبير » .

(٤) الشرح الكبير (٣٩٧/٥) .

(٥) فتح الوهاب (٢٣١/١) .

الأصحاب : أن الغصب ضماناً وإثماً : الاستيلاءُ علىٰ مال الغير عدواناً ، وضماناً : الاستيلاء علىٰ مال الغير بغير حقٍ ، وإثماً : الاستيلاء علىٰ حقِ الغير عدواناً)[١]

وأُورد على التعريف : السرقة ؛ فإنه صادق بها وليست غصباً .

وأُجيب : بأنها غصبٌ أيضاً وإن كانت من حيث إنها سرقةٌ يترتَّب عليها حكمٌ زائدٌ على الغصب بشرطه[٢]

والغصب كبيرةٌ وإن لم يبلغ المغصوب نصاب سرقةٍ .

❊

والأصل في تحريمه قبل الإجماع : آياتٌ ؛ كقوله تعالىٰ : ﴿ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[٣] ؛ أي : لا يأكل بعضكم مال بعضٍ بالباطل ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ ﴾[٤] ، وأخبارٌ كخبر : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرامٌ » ، وخبر : « من ظلم قِيدَ شبرٍ من الأرض . . طُوِّقه من سبع أرَضِين » رواهما الشيخان[٥]

(١) حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب (٢/٣٣٦) .

(٢) ودخل في التعريف المذكور : ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله ؛ فإنه غاصبٌ وإن لم يكن فيه إثم . . . فلو ركب دابةً لغيره ، أو جلس علىٰ فراشه . . فغاصبٌ وإن لم ينقل ذٰلك ولم يقصد الاستيلاء . « إقناع » [١/٣٠٧] . هامش .

(٣) سورة النساء : (٢٩) .

(٤) سورة المطففين : (١) .

(٥) الحديث الأول أخرجه البخاري (٤٤٠٦) ، ومسلم (١٦٧٩/٣٠) عن سيدنا أبي بكرة ←

إِذَا غَصَبَ شَيْئاً لَهُ قِيمَةٌ . . ضَمِنَهُ بِٱلْغَصْبِ . . . .

[بيان حكم المغصوب]

ثم أخذ الشيخ في بيان حكم المغصوب فقال : (إذا غصب) أهلٌ للضمان **(شيئاً له قيمةٌ . . ضمنه بالغصب)** /إذا تلف بآفةٍ أو إتلافٍ ، بخلاف ما لا قيمة له ؛ ككلبٍ وزبلٍ وحشراتٍ ؛ فلا يضمنه ، حتىٰ لو كان مستحِقُّ الزِّبل قد غرم علىٰ نقله أجرةً . . لم نوجبها على الغاصب ، قاله البغوي في « فتاويه »(١) ، وكذا لو كان التالف غير محترمٍ ؛ كمرتدٍ ، وصائلٍ في حال صياله ، وقاتلٍ في قطع طريق ، وتاركِ صلاةٍ ، وزانٍ محصنٍ ، وبخلاف ما إذا كان الغاصب غير أهلٍ للضمان ؛ كحربيٍّ ، وعبدٍ غير مكاتبٍ في مال سيِّده . 1/439

* * *

ويحصل الغصب بنقل المنقول ، وكذا لو ركب دابةً أو جلس علىٰ فراشٍ مثلاً وإن لم ينقل ذٰلك ولم يقصد الاستيلاء ؛ لحصول الغاية المطلوبة من الاستيلاء ؛ وهي : الانتفاع علىٰ وجه التعدِّي .

نعم ؛ إن حضره المالك ولم يزعجه ، وكان بحيث يمنعه التصرُّف في ذٰلك . . **فقياس ما يأتي في نظيره من العقار** : أن يكون غاصباً لنصفه فقط ، ذكره في « أصل الروضة »(٢) ، وهٰذا في الحقيقة ليس نظيرَه ، **وإنَّما نظيره** : أن يجلس معه على الفراش ، ويمكن حمل كلام « أصل الروضة » علىٰ ذٰلك .

← الثقفي رضي الله عنه ، والحديث الثاني أخرجه البخاري (٢٤٥٣) ، ومسلم (١٦١٢) عن سيدتنا أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها .

(١) فتاوى البغوي (ص ٢٠٢) .

(٢) روضة الطالبين (٣/٦٣٩ ـ ٦٤٠) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥/٤٠٦) .

أو أضاف إلىٰ ملكه ملكاً لغيره ببناءٍ ونحوه ، أو [أخرج][1] المالكَ من داره ودخلها بعياله أو بدونهم علىٰ هيئة السكنىٰ وإن لم يقصد الاستيلاء ، أو أزعجه وإن لم يدخلها ؛ إذ لا يُعتبَر في قبضها دخولها والتصرُّف فيها ، أو دخلها بقصد الاستيلاء ولم يكن مالكها فيها . . فهو غاصبٌ لها وإن كان ضعيفاً والمالك قويّاً ؛ لوجود الاستيلاء ، فإن منعه شيئاً منها . . فغاصبٌ له دون غيره ، أو شاركه في الاستيلاء . . فغاصبٌ لنصفها ، لا إن دخلها لينظر هل تصلح له أو لا ولو تلفت وهو فيها .

وشرط غصب الضعيف الدارَ : دخولُه لها في غيبة المالك بقصد الاستيلاء ، فإن دخلها في حضرته ولو بقصد الاستيلاء . . لم يكن غاصباً ؛ إذ لا عبرة بقصد ما لا يتمكَّن منه ، فلا يكون في صورة المشاركة السابقة غاصباً للنصف .

قال السبكي : (**وقياس ما ذُكِر هنا** : يقتضي أنْ لو انعكس الحال ؛ فكان المالك ضعيفاً والداخل بقصد الاستيلاء قوياً . . كان غاصباً للجميع)[2] ، قال الأذرعي : (وفيه نظر ؛ لأن يد المالك الضعيف موجودةٌ ، فلا معنىٰ [لإلغائها][3] بمجرَّد قوة الداخل) انتهىٰ[4] ، **وهٰذا أوجَهُ** .

* * *

(١) في الأصل : (إخراج) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٤٠) .
(٢) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/٨٩ ـ ٩٠) مخطوط .
(٣) في الأصل : (لإلغائه) ، والتصويب من « التوسط والفتح » .
(٤) التوسط والفتح (ق ٦/٢٥) مخطوط .

وَيَلْزَمُهُ رَدُّهُ . . . .

(ويلزمه ردُّه) أي : المغصوبِ وإن لم يكن له قيمةٌ عند بقائه ولو غرم عليه أضعاف قيمته ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « على اليد ما أخذت حتىٰ تؤدِّيه » رواه أبو داوود وغيره (١)

ويخرج عن العهدة بالردِّ إلى المالك أو وكيله أو وليِّه .

ولو غصب الوديعة من المودَع ، أو المرهونَ من المرتهن أو العدل ، أو العينَ المستأجرة من المستأجر ، ثم ردَّ عليهم . . برئ ، أو اللقطةَ من الملتقِط ثم ردَّ إليه . . لم يبرأ ، أو العينَ من المستعير أو المستام ثم ردَّ إليه . . **فوجهان** ، ذكر ذلك الرافعي في (كتاب الرهن) (٢) ، **أوجهُهما** : أنه يبرأ (٣)

* * *

ولو أخذ من عبدٍ شيئاً ثم ردَّه إليه ؛ فإن كان سيده دفعه إليه ؛ كملبوس العبد وآلاتٍ/يعمل بها . . برئ ، وكذا لو أخذ الآلة من الأجير وردَّها إليه ؛ لأن المالك رضي به ، قاله البغوي في « فتاويه » (٤) ٤٣٩/ب

ولو ردَّ الدابة إلىٰ إصطبل المالك . . برئ إن علم المالك ، لا قبل العلم ، نقله الرافعي عن « التتمة » وأقرَّه (٥)

---

(١) سنن أبي داوود (٣٥٥٦) ، وأخرجه الحاكم (٢/٤٧) ، والترمذي (١٢٦٦) عن سيدنا سمرة بن جندب رضي الله عنه ، وقد تقدم مراراً ، وانظر (٥/١٥٥) .

(٢) الشرح الكبير (٤/٤٩٩) .

(٣) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد النبوي بالروضة الشريفة) .

(٤) فتاوى البغوي (ص ٢١٥) .

(٥) الشرح الكبير (٥/٤٨١) ، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/٤٨) مخطوط .

فَإِنْ كَانَ خَيْطاً فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ لَا يُؤْكَلُ وَهُوَ مِمَّا لَهُ حُرْمَةٌ ، وَخِيفَ مِنْ نَزْعِهِ ٱلضَّرَرُ . . لَمْ يَلْزَمْهُ رَدُّهُ . . . .

[ما استُثنِي من وجوب ردِّ المغصوب]

(**فإن كان**) المغصوب (**خيطاً فخاط به**) الغاصب (**جرح حيوانٍ لا يُؤكَل ، وهو ممَّا له حرمةٌ**) من آدميٍّ أو غيره (**وخيف من نزعه الضرر**) الذي يباح التيمم منه . . (**لم يلزمه**) نزعه و(**ردُّه**) ، بل يغرم قيمته للفُرقة ، ولا أثر للشين الفاحش في غير الآدمي .

وظاهر كلامه كغيره : أن العبرة في ذٰلك بكون الحيوان محترماً حال الخياطة ، **والأوجَهُ** ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ : أن العبرة بكونه كذٰلك حالة إرادة النزع ؛ كما يؤخَذ ممَّا سيأتي في المرتدِّ .

ولو مات الآدمي . . نُزِع منه **على الأصح** في « الروضة »[١] ، وإنَّما لم يُنزَع في الحياة ؛ لحرمة الروح ، **وقيل** : إن أثَّر فحشاً . . لم يُنزَع ، وإلا . . نُزِع ، وكلام ابن الرفعة تبعاً للماوردي يقتضي ترجيحه[٢] .

وخرج بـ (المحترم) : غيره ؛ كالحربي والمرتدِّ ولو بعد الخياطة ، فيُنزَع منه وإن خيف هلاكه .

هٰذا إن كان يُنتفَع بالخيط بعد نزعه ، وإلا . . فهو مستهلَكٌ ، فلا ينزع ، ويجب ردُّ مثله .

❊

(١) روضة الطالبين (٣/٦٨٣) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٢/٨) مخطوط ، الحاوي الكبير (٨/٤٩٩) .

وَإِنْ خَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ يُؤْكَلُ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ . وَإِنْ كَانَ لَوْحاً فَأَدْخَلَهُ سَفِينَةً وَهِيَ فِي ٱللُّجَّةِ ، وَفِي ٱلسَّفِينَةِ مَالٌ لِغَيْرِ ٱلْغَاصِبِ أَوْ حَيَوَانٌ لَمْ يُنْزَعْ ،

(وإن خاط به جرح حيوانٍ يُؤكَل) وهو ملكٌ للغاصب . . **(ففيه قولان)** **أصحُّهما** : لم يجب نزعه ؛ لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوانِ لغير مأكلةٍ[1] ، ويغرم قيمته للحيلولة .

والثاني : يجب نزعه ؛ [لإمكانه][2] بذبحه .

فإن كان الحيوان لغير الغاصب . . لم يُنزَع قطعاً ، وقيل بطرد القولين ، حكاه صاحب « المعين »[3] ، ونقله صاحب « المذاكرة » عن ابن عجيل[4] .

[غصب لوحاً وأدخله في السفينة]

(وإن كان لوحاً فأدخله سفينةً وهي في اللُّجَّة) وهي معظم الماء **(وفي السفينة مالٌ لغير الغاصب)** محترمٌ ولم يعلم صاحبه حال وضعه بالغصب ، **(أو حيوانٌ)** محترمٌ . . **(لم يُنزَع)** إن خيف من نزعه تلفها أو تلف ما ذُكِر ؛

---

(١) أخرجه ابن حبان (٥٨٩٤) عن سيدنا الشريد رضي الله عنه ، وأبو داوود في « المراسيل » (٢/٣٢٧) واللفظ له ، عن القاسم مولىٰ عبد الرحمٰن رحمه الله تعالىٰ : أن النبي صلى الله عليه وسلم أوصىٰ رجلاً غزا قال : « لا تقطع شجرةً مُثمرةً ، ولا تقتل بهيمةً ليست لك بها حاجةٌ ، واتقِ أذى المؤمن » .

(٢) في الأصل : (لإهلاكه) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/١٨٩) مخطوط من المكتبة الظاهرية برقم (٢١٢١) .

(٣) المعين لأهل التقوىٰ على التدريس والفتوىٰ (ق/٩٢) مخطوط .

(٤) انظر « تحرير الفتاوي » (٢/٢٠٨) .

وَإِنْ كَانَ فِيهَا مَالٌ لِلْغَاصِبِ . . فَقَدْ قِيلَ : يُنْزَعُ ، وَقِيلَ : لَا يُنْزَعُ . . . . . .

بأن كان أسفل السفينة ، فيصبر المالك إلىٰ أن تصل الشطَّ أو نحوه كرقراقٍ[1] ، ويأخذ القيمة للحيلولة .

* *

(**وإن كان فيها مالٌ للغاصب . . فقد قيل : يُنزَع**) لـردِّه ؛ كما في هدم البناء ، وجرىٰ علىٰ ذٰلك « الحاوي الصغير » وناظمه[2]

(**وقيل**) **وهو الأصح عند الأكثرين كما في « الروضة »** : (**لا يُنزَع**) حينئذٍ[3] ؛ إذ يمكنه الردُّ إذا بلغت الشط أو نحوه مع سلامة المال ، **وعليه** : تُؤخَذ القيمة ؛ للفرقة كما مرَّ .

وعلى الأوَّل : لو اشتبهت السفينة بسفنٍ للغاصب ، ولم يُوقَف على اللوح إلا بنزع الجميع . . **ففيه وجهان** ؛ قال في « الروضة » : (ينبغي أن يكون [**أرجحهما**][4] : المنع)[5] ، وسبقه إلىٰ تصحيحه الفارقي[6] ، **وعليه** : تُؤخَذ القيمة للفرقة .

فإن لم يخف من إخراجه تلف ما ذُكِر ؛ بأن كانت السفينة على الأرض أو مرساةً على الشطِّ أو نحوه ، أو كان اللوح في أعلاها . . لزمه إخراجه وردُّه إلىٰ مالكه ، وأرش نقصه مع أجرة المثل .

---

(١) أي : السفينة العظيمة .

(٢) الحاوي الصغير (ص ٣٥٦) ، بهجة الحاوي (ص ١١٥) .

(٣) روضة الطالبين (٣/٦٨٢) .

(٤) في الأصل : (أوجههما) ، والتصويب من « روضة الطالبين » .

(٥) روضة الطالبين (٣/٦٨٢) .

(٦) انظر « تحرير الفتاوي » (٢/٢٠٨) .

وَإِنْ أَدْخَلَ سَاجاً فِي بِنَاءٍ ؛ فَإِنْ تَعَفَّنَ فِيهِ . . لَمْ يُنْزَعْ . وَإِنْ تَلِفَ ٱلْمَغْصُوبُ عِنْدَهُ ، أَوْ أَتْلَفَهُ : فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ . . ضَمِنَهُ بِمِثْلِهِ . . . .

وخرج بـ (المحترم) : نفس الحربي وماله .

* * *

(وإن أدخلَ ساجاً) وهو بالسين / المهملة وتخفيف الجيم : نوعٌ من الخشب ؛ أي : غصبه وأدخله (في بناءٍ) لزمه ردُّه إلىٰ مالكه وإن أدَّىٰ ذٰلك إلىٰ هدم بنائه الذي أنفق عليه أموالاً كثيرةً ، وأرش نقصه ـ إن كان ـ مع أجرة المثل ، (فإن تعفَّن فيه) بحيث لو أُخرِج لم يكن له قيمةٌ . . (لم يُنزَع) لاستهلاكه ، فيغرم مثله ، وحكم اللوح المُدرَج في السفينة كذٰلك . 1/440

[بيان كيفية ضمان المغصوب]

(وإن تلف المغصوب عنده) بآفةٍ (أو أتلفه) هو أو أجنبيٌّ : (فإن كان له مثلٌ . . ضمنه بمثله) وإن كانت قيمة التالف أكثر ؛ لآية : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [1] ، ولأنه أقرب إلى التالف ، ولأن المثل كالنصِّ ؛ لأنه محسوسٌ ، والقيمة كالاجتهاد ، ولا يصار للاجتهاد إلا عند فَقْدِ النصِّ .

نعم ؛ إن خرج المثل عن أن يكون له قيمةٌ ؛ كمن غصب جمداً في الصيف ، أو ماءً في مفازةٍ ، وتلف أو أتلفه هناك بلا غصبٍ ، ثم اجتمع المالك والغاصب أو المتلف في الشتاء في الأولىٰ ، أو علىٰ شطِّ نهرٍ في الثانية . . لزمه قيمة المثل في الصيف في الأولىٰ ، أو في مثل تلك المفازة في الثانية ،

(1) سورة البقرة : (194) .

فلو اجتمعا بعد ذٰلك في الصيف أو في مثل تلك المفازة . . فلا ترادَّ .

ومثل ذٰلك : ما لو كان للمغصوب مؤنةٌ ؛ كأن نَقَل بُرّاً من مصر إلىٰ مكة ، فغصبه منه إنسانٌ وأتلفه ، ثم اجتمعا في مصر فطالبه به . . فإنه يلزمه القيمة (١) ؛ لأجل المؤنة ؛ كما أفتىٰ به شيخنا الشهاب الرملي (٢) .

* * *

والمثلي : ما حصره كيلٌ أو وزنٌ وجاز السَّلَم فيه ؛ كماءٍ ولو حارّاً خلافاً لابن الرفعة (٣) ، وترابٍ وحديدٍ ، ونحاسٍ وتِبْرٍ ، ومسكٍ وعنبرٍ وكافورٍ ، وثلجٍ وجمدٍ ، وقطنٍ ولو بحَبّه خلافاً لابن الرفعة (٤) ، وعنبٍ ورطبٍ وفواكهَ رطبةٍ ، ودقيقٍ ونُخالةٍ ، ولحمٍ طريٍّ ، وحبوبٍ جافَّةٍ ، وخلولٍ لا ماء فيها ، وأدهانٍ وألبانٍ وسمنٍ ، ودراهمَ ودنانيرَ ولو مغشوشةً ومكسَّرةً ، وسبيكةٍ من ذهبٍ أو فضةٍ .

فخرج بقيد الكيل [أو] الوزن (٥) : ما يُعَدُّ كالحيوان ، أو يُذرَع كالثياب ، وبجواز السَّلَم فيه : الغالية والمعجون ونحوهما ؛ لأن المانع من ثبوت ذٰلك في الذِّمَّة بعقد السَّلَم . . مانعٌ من ثبوته بالتلف والإتلاف .

---

(١) أي : قيمته بمكة . « مغني المحتاج » (٢/٣٦٤) .

(٢) فتاوى الشهاب الرملي (٢/٢٦٢) .

(٣) المطلب العالي (ق ١٣/١٨٤) مخطوط .

(٤) المطلب العالي (ق ١١/٢٣٤) مخطوط .

(٥) في الأصل : (والوزن) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٤٥) ، و« فتح الرحمٰن بشرح زبد ابن رسلان » (ص ٦٥٥) .

وَإِنْ أَعْوَزَهُ ٱلْمِثْلُ ، أَوْ وَجَدَهُ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ ٱلْمِثْلِ . . ضَمِنَهُ بِقِيمَةِ ٱلْمِثْلِ وَقْتَ ٱلْمُحَاكَمَةِ وَٱلتَّأْدِيَةِ . . . .

ودخل في ذٰلك : الرديء نوعاً ، بخلاف الرديء عيباً ؛ فإنه ليس بمثليٍّ ؛ لأنه لا يجوز السَّلَم فيه ؛ كما مرَّ (١)

وأورد الإسنوي علىٰ من قيَّد بجواز السَّلَم : البرَّ المختلط بالشعير ؛ فإنه لا يجوز السَّلَم فيه مع أن الواجب فيه المثل ؛ لأنه أقرب إلى التالف ، فيخرج القدر المحقَّق منهما (٢)

وأُجيب : بمنع ردِّ مثله ؛ لأنه بالاختلاط انتقل من المثلية إلى التقوُّم ؛ للجهل بقدر كلٍّ من الحنطة والشعير .

وعلىٰ تقدير تسليمه : لا يلزم من إيجاب ردِّ مثله أن يكون مثلياً ؛ كما في إيجاب ردِّ مثل المتقوِّم في القرض ، وبأن امتناع السَّلَم في جملته لا يوجب امتناعه في جزأيه الباقيَينِ بحالهما ، وردُّ المثل إنَّما هو بالنظر إليهما ، والسَّلَم فيهما جائزٌ .

❋ ❋ ❋

(**وإن أعوزه المثل**) بأن لم يجده بمكان الغصب ولا حواليه (**أو وجده بأكثر من ثمن المثل**) أو منعه من الوصول إليه مانعٌ . . (**ضمنه بقيمة المثل**) أما عند الإعواز . . فلأنه الممكن ، وأما في الثانية والثالثة . . فلأنه / كالمعدوم ، ٤٤٠/ب
بدليل العدول عن الماء فيما إذا كان كذٰلك إلى التراب ، (**وقتَ المحاكمة و**) طلبِ (**التأدية**) لأن الواجب في الذِّمَّة هو المثل ، فاعتُبِرت في وقته ، وهٰذا

(١) انظر ما تقدم (٤/٣٠٥) .

(٢) كافي المحتاج (ق ٣/٢٨٨) مخطوط .

وَقِيلَ : يَضْمَنُهُ بِقِيمَةِ ٱلْمِثْلِ أَكْثَرَ مَا تَكُونُ مِنْ حِينِ ٱلْقَبْضِ إِلَىٰ وَقْتِ ٱلْحُكْمِ بِٱلْقِيمَةِ ، وَقِيلَ : عَلَيْهِ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ ٱلْقَبْضِ إِلَىٰ حِينِ تَعَذُّرِ ٱلْمِثْلِ ....

قول أكثرهم ؛ كما قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ[(١)]

(وقيل : يضمنه بقيمة المثل أكثر ما تكون من حين القبض إلىٰ وقت الحكم بالقيمة) لأن وقت الإعواز لم ينضبط ، وإنَّما يتحقَّق العجز بالمحاكمة ، فعند ذٰلك يصير كالذي لا مثل له .

(وقيل) وهو الأصح : **(عليه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلىٰ حين تعذُّر المثل)** لأنَّ وجود المثل كبقاء العين في لزوم تسليمه ، فلزمه ذٰلك ؛ كما في المتقوِّم ، ولا [نظر][(٢)] إلىٰ ما بعد التعذُّر ؛ كما لا نظر إلىٰ ما بعد تلف المتقوِّم .

وصورة المسألة : إذا لم يكن المثل متعذِّراً عند التلف ؛ كما صوَّره « المحرر »[(٣)] ، وإلا . . ضمن الأكثر من الغصب إلى التلف .

ولو تراضيا [على][(٤)] القيمة مع وجود المثل . . جاز في أحد وجهين رجَّحه ابن المقري[(٥)]

❊ ❊

---

(١) الشامل (ق ٢/٤٧) مخطوط ، وانظر « البيان » (٧/١٩) .

(٢) في الأصل : (نظراً) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٤٦) .

(٣) المحرر (٢/٧٠٨) .

(٤) في الأصل : (عن) ، والتصويب من « حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب » (٢/٣٤٥) .

(٥) روض الطالب (٢/٧٦٢) ، وقطع به المتولي ، وهو المعتمد . انظر « مغني المحتاج » (٢/٣٦٤) .

ولو نقل المغصوب ولو متقوِّماً إلىٰ مكانٍ آخر . . طُولِب بردِّه إلىٰ مكانه ، وبأقصىٰ [قيمه] (١) من الغصب إلى المطالبة ؛ للحيلولة بينه وبين مالكه إن كان بمسافةٍ بعيدةٍ ، وإلا . . فلا يُطالَب إلا بالردِّ ، قاله الماوردي (٢) ، قال الأذرعي : (وهـٰذا قد يظهر فيما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه ، وإلا . . فالوجه : عدم الفرق بين المسافتَينِ) (٣)

ومعنىٰ كون القيمة للحيلولةِ : أنه إذا ردَّ إليه المغصوب . . ردَّها إن بقيت ، وإلا . . فبدلَها ؛ لأنه إنَّما أخذها للحيلولة ، **والصحيح** : أنه ملكها ملك قرضٍ .

* * *

ولو تلف المثلي في المكان المنقول إليه . . طالبه بالمثل حيث ظفر به في أيِّ البلدين شاء ؛ لأنه كان له مطالبته بردِّ العين فيهما ، وله مطالبته أيضاً في أي بقعة شاء من البقاع التي وصل إليها به في طريقه بينهما ، ولو أعاده الغاصب إلىٰ بلد الغصب فتلف فيه . . لم يسقط التخيير .

فإن فُقِد المثل ، أو وُجِد بزيادةٍ علىٰ ثمن مثله ، أو منعه من الوصول إليه مانعٌ . . غرَّمه المالك قيمة أكثر البقاع التي وصل إليها المغصوب قيمةً ؛ لأنه كان له مطالبته بالمثل فيه .

* * *

(١) في الأصل : (قيمة) ، والتصويب من سياق عبارة « روضة الطالبين » (٣/٦٥٥) ، و« الأنوار لأعمال الأبرار » (٢/٦٥) .
(٢) الحاوي الكبير (٨/٥١٦ ـ ٥١٧) .
(٣) قوت المحتاج (٣/٢٧٦) .

وَإِنْ لَمْ يكُنْ لَهُ مِثْلٌ . . ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ ٱلْقَبْضِ إِلَىٰ حِينِ ٱلتَّلَفِ . . . .

ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف ، والمغصوب مثليٌّ ، والمثل موجودٌ . . طالبه بمثله إن لم يكن لنقله مؤنةٌ ؛ كنقدٍ يسيرٍ ، وأَمِنَ الطريق ؛ إذ لا ضرر علىٰ واحدٍ منهما حينئذٍ ، فإن كان لنقله مؤنةٌ أو خاف الطريق . . فبأقصىٰ قِيَم المكان الذي حلَّ به المثلي يطالب للفيصولة ، سواء أنقل من مكان الغصب أم لا ، فلا يُطالَب بالمثل ، ولا للغاصب تكليفه قَبول المثل ؛ لِمَا في ذٰلك من الضرر .

ومعنىٰ كون القيمة للفيصولة : أنه إذا غرمها ثم اجتمعا في المكان المذكور . . ليس للمالك ردُّها وطلب المثل ، ولا للآخر استرداد القيمة وبذل المثل ؛ / لأن الأمر قد انفصل بالبدل .
1/441

ولو ظفر المالك بالمُتلِف الذي ليس بغاصبٍ في غير مكان التلف . . فحكمه حكم الغاصب فيما ذُكِر .

[ضمان المتقوِّم]

(**وإن لم يكن له مثلٌ**) وهو المتقوِّم ؛ كالعبيد والثياب . . (**ضمنه بقيمته**) لأنَّه أقرب إلىٰ جبر الفائت (**أكثر ما كانت من حين القبض إلىٰ حين التلف**) لتوجُّه [الردِّ عليه حال] الزيادة ، فيضمنها ، ولا فرق في اختلاف القيمة بين تغير السعر أو تغير المغصوب في نفسه ، ولا عبرة بالزيادة بعد التلف ، فلو غصبه وقيمته مئة ، فصارت بالغلاء مئتين ، ثم صارت بالرخص مئة ، ثم

وَتَجِبُ قِيمَتُهُ مِنْ نَقْدِ ٱلْبَلَدِ فِي ٱلْبَلَدِ ٱلَّذِي غُصِبَ فِيهِ . . . .

صارت بالغلاء مئتين ، ثم تلف ، ثم صارت بالغلاء ثلاث مئة . . لزمه مئتان ؛ لأنهما أقصىٰ قِيَمِهِ من غصبه إلىٰ تلفه ، ولا أثر لتكرُّر غلو السعر ورخصه .

❊ ❊ ❊

ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، وصارت بالرخص درهماً ، ثم باللبس نصف درهم . . ردَّه وأجرتَه مع خمسةٍ وهي قسط التالف من أقصىٰ قيمه وهو العشرة .

ومحلُّ الضمان بالأكثر من غير نظر إلى التكرر . . في الأعيان ، أما في المنافع . . فتضمن في كل مدَّةٍ بأجرةِ مثلها فيها ؛ كما سيأتي .

❊ ❊ ❊

(**وتجب قيمته من نقد البلد في البلد الذي غُصِب**) وتلف (فيه) لقول الشيخين : (إنَّما تجب القيمة من نقد بلد التلف)[1]

قال الإسنوي : (وكلام الشيخين محمولٌ علىٰ ما إذا لم ينقله ، فإن نقله . . ففي « الكفاية » : يتَّجه اعتبار البلد الذي تُعتبَر قيمته فيه ؛ وهو أكثر البلدين قيمةً ؛ كما مرَّ في المثلي ، وفي « البحر » عن والده ما يقاربه)[2]

والعبرة : بالنقد الغالب ، فإن غلب نقدان وتساويا . . عيَّن القاضي واحداً ؛ كما قاله الرافعي في (كتاب البيع)[3]

❊ ❊ ❊

(١) الشرح الكبير (٥/٤٣٠) ، روضة الطالبين (٣/٦٥٥) .
(٢) المهمات (٦/٤٧) .
(٣) الشرح الكبير (٤/٤٧) .

وَقِيلَ : إِنْ كَانَ حُلِيّاً مِنْ ذَهَبٍ .. ضَمِنَ ٱلْعَيْنَ بِمِثْلِ وَزْنِهَا مِنْ جِنْسِهَا ، وَضَمِنَ ٱلصَّنْعَةَ بِقِيمَتِهَا فِضَّةً ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ ....

ولو غصب حليّاً من ذهبٍ وزنه عشرة دنانير ، وقيمته عشرون ديناراً وتلف .. ضمن التِّبْر بمثله ؛ لأنه مثليٌّ كما مرَّ[1] ، والصنعة بقيمتها ؛ لأنها متقومة من نقد البلد وإن كان من جنس الحلي ، ولا رباً ؛ لاختصاصه بالعقود .

(**وقيل : إن كان**) المغصوب (**حلياً من ذهب .. ضمن العين بمثل وزنها من جنسها ، وضمن الصنعة بقيمتها فضة**) حذراً من الربا ، (**وليس بشيء**) لِمَا مرَّ .

وقيل : يضمن الجميع بنقد البلد .

فلو كانت الصنعة محرَّمةً كالإناء[2] .. ضمنه بمثل وزنه ؛ كالسبيكة وغيرها ممَّا لا صنعة فيه كالتِّبر .

* * *

ولو صار المثليُّ متقوِّماً ؛ كجعل الدَّقيق خبزاً ، أو صار المتقوِّم مثليّاً ؛ كجعله الشاة لحماً ، أو صار المثليُّ مثليّاً آخر ؛ كجعله السمسم شيرجاً ، ثم تلف عنده .. أخذ المالك المثل في الثلاثة مخيَّراً في الثالث منها بين [المثلَين][3] ، إلا أن يكون الآخر أكثر قيمةً ؛ فيُؤخَذ هو في الثالث ، وقيمتُه في الأولين .

(١) انظر ما تقدم قريباً (٥/١٧٧) .

(٢) أي : من أحد النقدين .

(٣) في الأصل : (المثليين) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٤٧) .

وَإِنْ ذَهَبَ ٱلْمَغْصُوبُ مِنَ ٱلْيَدِ وَلَمْ يَتْلَفْ ؛ بِأَنْ كَانَ عَبْداً فَأَبَقَ . . ضَمِنَ ٱلْبَدَلَ ، فَإِنْ عَادَ . . رَدَّهُ . . . .

ولو صار المتقوّم متقوّماً آخر ؛ كحليٍّ صيغ من إناءٍ غير ذهبٍ ولا فضَّةٍ . . وجب فيه أقصى القِيَم .

* * *

(**وإن ذهب المغصوب من اليد [ولم يتلف] ؛ بأن كان عبداً فأبق**) أو سُرِق ، أو [غيَّبه][1] فضاع . . (**ضمن البدل**) أي : فللمالك تضمين الغاصب القيمة في الحال للحيلولة ، ويُعتبَر فيها / أقصىٰ ما كانت من الغصب إلى المطالبة ، ٤٤١/ب ولو زادت القيمة بعد ذٰلك . . طالب بها أيضاً ؛ كما قاله الإسنوي[2] ؛ لأنها علىٰ ملكه ، ويملكها المالك كما يملكها عند التلف ، ولا يلزمه قَبولها ؛ لأنها ليست حقّاً ثابتاً في الذِّمَّة ، ولهٰذا لا يصح الإبراء عنها .

* * *

(**فإن عاد**) الآبق أو الضائع . . (**ردَّه**) ولم يحبسه لاسترداد القيمة ، بل يردُّه لمالكه ؛ لأنه عين حقِّه ، ويستردُّ قيمته إذا كانت باقيةً بزوائدها المتصلة دون المنفصلة ، وتُتصوَّر زيادتها : كأن يدفع عن القيمة حيواناً فيُنتَج ، أو شجرةً فتثمر ، أو يكونا ببلدٍ يتعامل أهله بالحيوان ، فإن لم تكن باقيةً . . وجب بدلها من مثلٍ أو قيمةٍ ، ويُقدَّم الغاصبُ بالقيمة ، وببدلها عند تلفها على الغرماء إذا حُجِر على المالك بالفلس .

---

(١) في الأصل : (غيره) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٢) كافي المحتاج (ق ٣/٢٨٩) مخطوط .

فَإِنْ نَقَصَ مِنْ عَيْنِهِ شَيْءٌ ؛ بِأَنْ تَلِفَ بَعْضُهُ ، أَوْ أَحْدَثَ فِيهِ مَا يُنْقِصُ قِيمَتَهُ ؛ بِأَنْ كَانَ مَائِعاً فَأَغْلَاهُ ، أَوْ فَحْلاً فَأَنْزَاهُ عَلَىٰ بَهِيمَةٍ ، فَنَقَصَتْ قِيمَتُهُ . . ضَمِنَ أَرْشَ مَا نَقَصَ . . . .

[ضمان أرش النقص في المغصوب]

(فإن نقص من عينه شيءٌ ؛ بأن تلف بعضه ، أو أحدث فيه ما ينقص قيمته ؛ بأن كان مائعاً) كزيتٍ (فأغلاه ، أو فحلاً فأنزاهُ علىٰ بهيمةٍ ، فنقصت قيمته . . ضمن أرش ما نقص) كما يضمن القيمة عند التلف ، هـٰذا في غير المائع .

أما المائع . . فالتحرير فيه أن يقال : إن أغلاه فنقصت عينه دون قيمته . . ردَّه وغرم الذاهبَ ؛ بأن يردَّ مثله ، ولا ينجبر نقصه بزيادة قيمته ؛ لأن له [بدلاً] مقدَّراً وهو المثل فأوجبناه ؛ كما لو خصىٰ عبداً فزادت قيمته . . فإنه يضمن قيمته ، وإن نقصت قيمته دون عينه . . لزمه الأرش ؛ قياساً علىٰ غيره .

* * *

وإن نقصت العين والقيمة معاً . . غرم الذاهب ، وردَّ الباقي مع أرش نقصه إن نقصت قيمته ؛ كما لو كان صاعاً يساوي درهماً ، فرجع بإغلائه إلىٰ نصف صاعٍ يساوي أقل من نصف درهمٍ ، فإن لم تنقص قيمة الباقي . . فلا أرش ، وإن لم ينقص واحدٌ منهما . . فلا شيء غير الردِّ .

*

ولو غصب عصيراً فأغلاه فنقصت عينه دون قيمته . . لم يضمن مثل الذاهب ؛ لأن الذاهب منه مائيَّةٌ لا قيمة لها ، والذاهب من الزيت ونحوه زيتٌ متقوِّم .

وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُهُ وَنَقَصَ قِيمَةُ ٱلْبَاقِي ؛ مِثْلَ أَنْ يَغْصِبَ زَوْجَيْ خُفٍّ قِيمَتُهُمَا عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا فَصَارَتْ قِيمَةُ ٱلْبَاقِي دِرْهَمَيْنِ . . لَزِمَهُ قِيمَةُ ٱلتَّالِفِ وَأَرْشُ مَا نَقَصَ ؛ وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ دِرْهَمَانِ . فَإِنْ كَانَ عَبْداً فَقَطَعَ يَدَهُ . . . .

وفارق نظيره في الفلس : حيث يضمن مثل الذاهب للبائع كالزيت ؛ بأن ما زاد بالإغلاء ثَمَّ للمشتري فيه حصَّةٌ ، فلو لم يضمن المشتري ذٰلك . . لأجحفنا بالبائع ، والزائد بالإغلاء هنا للمالك ، فانجبر به الذاهب .

والحكم كذٰلك في الرطب يصير تمراً ، والعصير يصير خلاًّ .

* * *

(**وإن تلف بعضه ونقص قيمة الباقي ؛ مثل : أن يغصب زوجَي**) أي : فردَي (**خُفٍّ قيمتهما عشرة دراهم فتلف أحدهما**) أو أتلفه ، أو أتلفه في يد مالكه (**فصارت قيمة الباقي درهمين . . لزمه**) ردُّ الباقي و(**قيمة التالف وأرش ما نقص ؛ وهو ثمانية**) [لأنها][1] قيمة ما تلف أو أتلفه وأرش التفريق الحاصل بذٰلك .

(**وقيل : يلزمه**) ردُّ الباقي و(**درهمان**) قيمة التالف .

وقيل في غير الثالثة : يلزمه خمسة ؛ قيمة كلٍّ منهما منضمّاً إلى الآخر .

* * *

(**فإن كان**) المغصوب ([**عبداً**][2] **فقطع**) الغاصب (**يده**) أو غيرها

---

(١) في الأصل : (لأن) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٢) في الأصل (عبد) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

لَزِمَهُ أَكْثَرُ ٱلْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْشِ مَا نَقَصَ أَوْ نِصْفِ قِيمَتِهِ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ ٱلْغَصْبِ إِلَىٰ حِينِ قَطْعِ ٱلْيَدِ ....

1/442 مِمَّا يتقدَّر من الحرِّ كالرِّجْل . . (**لزمه أكثر الأمرين من أرش ما نقص / أو نصف قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلىٰ حين قطع اليد**) لأنه وُجِد [سبب ضمانها ؛ وهو اليد والجناية ، فوجب أكثرهما] لاجتماع الشَّبَهينِ [(١)] ، فلو نقص بقطعها ثُلثا قيمته . . لزماه ؛ النصف بالقطع ، والسدس بالغصب ، فإن قطعها المالك . . ضمن الغاصب الزائد على النصف فقط ؛ كما نقله الأذرعي عن الروياني [(٢)] ، وقياسه : أنه لو قطعها غيرهما . . كان الحكم فيما يستقرُّ عليه كذلك .

ولو قُطِعت بآفةٍ سماويةٍ . . ضمن ما نقص من قيمته ، وكذا لو قُطِعت قصاصاً أو حدّاً ؛ كما هو مقتضىٰ إطلاقهم ، وصحَّحه البلقيني [(٣)] .

أما ما لا يتقدَّر من الحرِّ ؛ كالبكارة والهزال المُنقِص وجرح البدن . . فيُضمَن بما نقص من قيمته تلف أو أُتلِف ، والمبعَّض يُعتبَر بما فيه من الرِّقِّ ؛ كما ذكره الماوردي [(٤)] ، وأجزاء باقي الحيوان [تضمن] [(٥)] بما نقص من قيمتها .

---

(١) أي : شبه الآدمي من حيث إنه حيوان ناطق ، وشبه الدابة مثلاً من حيث جريان التصرُّف عليه . أفاده العلامة الجمل رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ شرح المنهج » (٣/٤٧٧) .

(٢) بحر المذهب (٩/٣٢) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٣٤٢) .

(٣) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ٢/١٨) مخطوط .

(٤) الحاوي الكبير (١٦/١٢٦) .

(٥) في الأصل : (يضمن) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَإِنْ أَحْدَثَ فِيهِ فِعْلاً نَقَصَ بِهِ وَخِيفَ عَلَيْهِ ٱلْفَسَادُ فِي ٱلْبَاقِي ؛ بِأَنْ كَانَ حِنْطَةً فَبَلَّهَا ، أَوْ زَيْتاً فَخَلَطَهُ بِٱلْمَاءِ ، وَخِيفَ عَلَيْهِ ٱلْفَسَادُ . . ٱسْتَحَقَّ عَلَيْهِ مِثْلَ طَعَامِهِ وَزَيْتِهِ ، وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : هَـٰذَا ، وَٱلثَّانِي : يَأْخُذُهُ وَأَرْشَ مَا نَقَصَ . . . .

[حكم ما لو بلَّ الغاصب الحنطة أو خلط الزيت بالماء ونحو ذٰلك]

(وإن أحدث فيه فعلاً نقص به ، وخيف عليه الفساد في الباقي ؛ بأن كان حنطة فبلَّها) أو جعلها هريسةً ، أو الدقيق عصيدةً **(أو زيتاً فخلطه بالماء)** وتعذَّر تخليصه منه **(وخيف عليه الفساد . . استحقَّ عليه مثل طعامه وزيته)** لأن ما ذُكِر صار كالتالف [١] .

(وقيل : فيه قولان ؛ أحدهما : هـٰذا ، والثاني : يأخذه وأرش ما نقص) لأنه وجد عين ماله فرجع إليه ؛ كالثوب إذا مزَّقه .

وفي قولٍ : يتخيَّر الغاصب بين الأمرين .

وفي قولٍ : يتخيَّر المالك بين الأمرين ، واستحسنه في « الشرح الصغير » [٢] ، ونسبه الإمام إلى النصِّ [٣] .

وعلى الأول : هل يملكه الغاصب ؛ لأنَّا ألحقناه بالهالك في حقِّ المالك ، أو يبقىٰ للمالك ؛ لئلا يقطع الظلم حقَّه ؟ **وجهان** ؛ صحَّح منهما ابن يونس

(١) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .
(٢) الشرح الصغير (ق ٤/٢٠ ـ ٢١) مخطوط .
(٣) نهاية المطلب (١٩٢/٧) .

وَإِنْ كَانَ لَهُ مَنْفَعَةٌ . . ضَمِنَ أُجْرَتَهُ لِلْمُدَّةِ ٱلَّتِي أَقَامَ فِي يَدِهِ . . . .

الأول[1] ، وهو مقتضىٰ كلام الإمام[2] ، وصحَّحه السبكي وإن كان المختار عنده خلافه[3] ، وعليه : لا يتصرَّف الغاصب فيه إلا بعد إعطائه المالك بدله ؛ كما قاله بعضهم .

* * *

ولو نجَّس الغاصب الزيت مثلاً . . غرم بدله ، والمالك أحقُّ بزيته ، ويفارق الحنطة فيما مرَّ ؛ بخروجه عن الماليَّة بالتنجُّس ، فصار من الاختصاصات التي لا قيمة لها ، فلا محذور في إعادتها للمالك ، بخلاف الحنطة ؛ لا تخرج عن الماليَّة بذٰلك ، ففي إعادتها للمالك محذورٌ ؛ وهو الجمع بين البدل والمبدل في ملك شخصٍ واحدٍ .

*

ولو تعفَّن الطعام بنفسه . . أخذه المالك مع الأرش ، ولم يجعل كالتالف نظير ما مرَّ ؛ لأن التعفُّن هنا حصل بلا جنايةٍ ، بخلافه ثَمَّ .

وعلىٰ هٰذا : لو صار المغصوب هريسةً بنفسه . . أخذه المالك .

[ضمان منافع المغصوب]

(وإن كان له منفعةٌ) تُستوفَىٰ بعقد إجارةٍ ؛ كدارٍ ودابةٍ . . (ضمن أجرته للمدَّة التي أقام في يده) بتفويتها وفواتها ؛ كأن يسكن الدار ، أو يركب الدابة ،

---

(١) انظر « فتح الوهاب » (١/٢٣٤) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٧١) : (أصحُّهما ـ كما جزم المصنف في « نكته » ـ : الأول) .

(٢) نهاية المطلب (٧/١٩٢)

(٣) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٠٤) مخطوط .

أو لم يفعل ذٰلك ؛ لأن المنافع متقوِّمةٌ كالأعيان ، سواء أكان مع ذٰلك أرشٌ أم لا ، ويضمن بأجرة مثله سليماً قبل النقص ، ومعيباً بعده .

فإن تفاوتت الأُجَر في المدَّة . . ضُمِنت كل مدَّةٍ بما يقابلها ، أو كان للمغصوب صنائع . . وجب أجرة أعلاها إن لم يمكن جمعها ،/ وإلا . . فأجرة الجميع ؛ كخياطةٍ وحراسةٍ وتعليمِ قرآنٍ . ٤٤٢/ب

* * *

ولا تُضمَن منفعة البضع إلا بالتفويت ؛ كأن وُطِئ ، فلا تُضمَن بالفوات ؛ لأنها لا تدخل تحت اليد شرعاً ، فاليد في بضع الحرَّة لها ، بدليل صحَّة تزويج المغصوبة .

ومحلُّ ضمان تفويت ما ذُكِر : حيث لا ردَّة متصلة بالموت ، فلو أكره أمةً مرتدَّةً على الوطء ، وماتت على الردَّة . . لم تستحقَّ مهراً ؛ بناءً على زوال ملك المرتدِّ أو وقفه ، لا يقال : إن الحقَّ في المهر لسيدها ، فلا يسقط بموتها مرتدَّةً ؛ لأنَّا نقول : أسقطته باستمرار الردَّة ؛ كما أنها تسقطه إذا طاوعته على الزنا .

* * *

أما إذا كانت العين لا تُؤجَّر ؛ كمسجدٍ وشارعٍ ، ورباطٍ ومقبرةٍ . . فلا تُضمَن منفعتها إلا بالتفويت ، فلو شغل بقعةً من المسجد بمتاعه . . لزمه أجرتها إن لم يغلقه ، وإلا . . لزمه أجرة الكلِّ ، فإن أغلقه بلا وضعِ متاعٍ ، ومنع الناس من الصلاة فيه . . فلا ضمان عليهِ ؛ لأن المسجد لا تثبت عليه اليد ، ومثله في ذٰلك البقية .

وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً فَوَطِئَهَا مُكْرَهَةً . . ضَمِنَ مَهْرَهَا ، وَإِنْ طَاوَعَتْهُ . . لَمْ يَلْزَمْهُ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُهُ . . . .

وخرج : ما لا تصح إجارته ؛ ككونه غير مالٍ ؛ ككلبٍ وخنزيرٍ ، أو لكونه مُحرَّماً ؛ كآلات لهوٍ ، أو لغير ذٰلك كالحبوب ، فلا تُضمَن منفعته ؛ إذ لا أجرة له .

* * *

(**وإن كانت**) أي : العين المغصوبة (**جاريةً فوطئها مكرهةً . . ضمن مهرها**) لِمَا مرَّ أن منفعة البضع تُضمَن بالتفويت لا بالفوات ، فيجب مهر ثيِّب إن كانت ثيباً ، ومهر ثيِّبٍ وأرش بكارةٍ إن كانت بِكْراً علىٰ ما رجَّحه الرافعي هنا (١) .

* * *

(**وإن**) وطئها عالماً بالتحريم لوطئها . . حُدَّ عليه ؛ لأنه زناً ، وإن أُكرِه أو جهل التحريم ؛ لاشتباهها عليه ، أو لقرب عهده بالإسلام ، أو نشأ بعيداً عن العلماء . . لم يُحَد .

ويجب مهر المثل علىٰ كل حالٍ ، إلا إن (**طاوعته**) وعلمت بالتحريم . . (**لم يلزمه**) المهر (**علىٰ ظاهر المذهب**) وعليها الحدُّ ؛ لأنها زانيةٌ .

(**وقيل : يلزمه**) لأنه للسيد ، فلا يسقط ببذل الأمة ، ولا يسقط أرش البكارة بحالٍ ؛ كما لا يسقط أرش طرفها بإذنها في قطعه .

ووطءُ المشتري من الغاصب . . كوطئه في الحدِّ والمهر وأرش البكارة .

---

(١) الشرح الكبير (٥/٤٧٠ ـ ٤٧١) .

وَإِنْ زَادَ فِي يَدِهِ ؛ بِأَنْ سَمِنَ ، أَوْ تَعَلَّمَ صَنْعَةً ، أَوْ وَلَدَتِ ٱلْجَارِيَةُ وَلَداً . . ضَمِنَ ذَٰلِكَ كُلَّهُ . . . .

[ضمان زوائد المغصوب الحادثة]

(وإن زاد) المغصوب **(في يده ؛ بأن سَمِن أو تعلَّم صنعةً ، أو ولدت الجارية ولداً)** حيّاً من الغاصب أو المشتري منه عالماً بالتحريم للوطء . . **(ضمن ذٰلك كله)** عند زواله ؛ لأنه أثبت يده علىٰ وجه التعدِّي ، والولد رقيقٌ للسيد غير نسيبٍ ؛ لأنه من زناً ، فلو انفصل ميتاً بجنايةٍ . . فبدله لسيِّده ، أو بلا جنايةٍ . . ففي وجوب ضمانه على المُحْبِل وجهان ؛ **أحدهما** ـ وهو ظاهر النص ـ : الوجوب[1] ، **والثاني** : المنع ، وبه قال أبو إسحاق وغيره[2] ، وهو أوجَهُ[3] .

وعلى الأول : تجب قيمته يوم الانفصال لو كان حيّاً ، ذكر ذٰلك في ([الغصب])[4] في « أصل الروضة »[5] .

وإن جهل التحريم . . فحُرٌّ نسيبٌ ؛ للشبهة بالجهل ، وعليه قيمته ـ لتفويته رِقَّهُ بظنِّه ـ يوم الانفصال حيّاً للسيد ، ويرجع بها المشتري على الغاصب ؛ كما سيأتي[6] ؛ / لأنه غرَّه بالبيع له . 1/443

---

(1) الأم (٤/٥١٩) .

(2) انظر « المهذب » (١/٤٨٦) .

(3) وفاقاً لشيخه الشهاب الرملي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ أسنى المطالب » (٢/٣٦٠) ، وقال في « مغني المحتاج » (٢/٣٧٩) : (أوجهُهما ـ كما قال شيخنا ـ : نعم ؛ كما هو ظاهر النص ؛ لثبوت اليد عليه تبعاً للأم . . .) .

(4) في الأصل : (الغاصب) ، والتصويب من سياق العبارة .

(5) روضة الطالبين (٣/٦٨٧) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥/٤٧٣) .

(6) انظر ما سيأتي (٥/٢٠٦) .

وَإِنْ سَمِنَ ثُمَّ هُزِلَ ، ثُمَّ سَمِنَ ثُمَّ هُزِلَ . . ضَمِنَ أَرْشَ ٱلسِّمَنَيْنِ ، وَقِيلَ : يَضْمَنُ أَكْثَرَهُمَا قِيمَةً . . . .

وإن انفصل ميتاً بغير جنايةٍ . . فلا قيمة عليه ، أو بجنايةٍ . . فعلى الجاني ضمانه بالغرَّة ، وللمالك مطالبة الغاصب أو المشتري منه ـ قياساً عليه ـ بعُشْر قيمة الأم ، فإن كانت الغرَّة أكثر . . فالزائد لورثة الجنين ، وإن كانت أقل . . ضمن الغاصب أو المشتري منه للمالك عُشرَ قيمة الأمِّ كاملاً ، وسيأتي في (الجنايات) : أن بدل الجنين المجني عليه تحمله العاقلة [1]

[حكم ما لو زاد المغصوب ثم نقص ثم زاد ثم نقص]

(وإن سمن) الحيوان المغصوب عند الغاصب ، فزادت قيمته عمَّا كانت ، (ثم هزل ، ثم سمن ، ثم هزل . . ضمن) مع ردِّه (أرش) نقص (السِّمنَين) لأنَّ الثاني غير الأوَّل ، فيُقوَّم سميناً ؛ فإن قيل : مئةٌ . . قُوِّمَ مهزولاً بالهزال الأول ، فإن قيل : خمسون . . وجب خمسون ، ثم يُقوَّم بالسمن الثاني ، فإن قيل : مئةٌ وخمسون . . قُوِّم بالهزال الثاني ، فإن قيل : خمسون . . ضمن مئةً ، فيجب مئةٌ وخمسون .

(وقيل : يضمن أكثرهما قيمةً) لأن النقص الأوَّل حدث في يده ثم زال ، فوجب ألَّا يضمنه ؛ كما لو أبق العبد ثم عاد ، فيضمن في مثالنا القيمة الثانية .

❊

(١) انظر ما سيأتي (٩/١٢٩) ، وفي هامش الأصل : (بلغ) .

أما السمن المفرط الذي لا تنقص القيمة بزواله . . فغير مضمونٍ ؛ كما قاله الرافعي[١] ، فلو كانت معتدلةً فسمنت في يد الغاصب سمناً مفرطاً نقصت فيه قيمتها . . ردَّها ولا شيء عليه ؛ كما نقله في « الكفايَة » عن الطبري[٢] ، قال الإسنوي : (وفيه نظر) انتهىٰ[٣] ، والمتَّجه : وجوب الأرش .

ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي أو الإناء ثم [أعاده بتلك][٤] الصنعة ، وعَوْد الحسن كعَوْد السِّمن ، لا كتذكُّر الصنعة ، قاله الإمام[٥]

* * *

ولو نسي المغصوب صنعةً فنقصت قيمته ، ثم تذكَّرها عند الغاصب . . انجبر نقص الصنعة بذٰلك ؛ لأنه لا يُعَدُّ متجدِّداً عرفاً ، وكذا لو تذكَّرها عند المالك ؛ كما بحثه ابن الرفعة[٦] ، حتىٰ يستردَّ منه الغاصب الأرش .

ومثل ذٰلك : ما لو مرض عند الغاصب واستردَّه المالك مع الأرش ، ثم برئ .

ولو تعلَّم الصنعة عند الغاصب بعد نسيانها . . فكالتَّذكُّر ؛ كما قاله

(١) الشرح الكبير (٥/٤٤٩) .
(٢) كفاية النبيه (١٠/٤٥٢) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٣٥٥) .
(٣) كافي المحتاج (ق ٣/٢٩٤) مخطوط .
(٤) في الأصل : (أعاد تلك) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٧٤) .
(٥) نهاية المطلب (٧/١٩٨ ـ ١٩٩) .
(٦) المطلب العالي (ق ١١/٢٧٩) مخطوط .

الرافعي [1] ، أو عند المالك . . فلا ؛ كما [قال] [2] الإسنوي : (إنه المتَّجه) [3]

وإذا قلنا بالانجبار ولم يبلغ بالعائد القيمة الأولىٰ . . ضمن ما بقي من النقص ، وانجبر الباقي .

* * *

وتعلُّم صنعةٍ لا تجبر نسيان أخرىٰ عنده وإن كانت أرفع من الأولىٰ ؛ لاختلاف الأغراض ، وورق الشجر أو صوف الشاة المتجدِّد لا يجبر السَّاقط ، بخلاف شعر الجارية وسنِّها ؛ لأنهما [4] متقوِّمان فيغرمهما ، والشعر والسِّن غير متقوِّمَينِ ، وإنَّما يغرم أرش النقص بفَقْدهما ، وقد زال ، قال الأذرعي : (وهٰذا مشكلٌ ، ولعل عودهما أَولىٰ بعدم الجبر من السِّمن) [5]

*

ولو تعلَّم الرقيق المغصوب الغناء فزادت قيمته به ، ثم نسيه . . لم يضمنه ؛ لأن ذٰلك مكروهٌ ، أو حرامٌ إذا خِيفَ منه الفتنة .

٤٤٣/ب ولو أتلف ديك الهراش أو كبش النطاح . . ضمنه غير مهارشٍ / أو ناطحٍ ؛ لأن ذٰلك محرَّمٌ .

---

(١) الشرح الكبير (٥/٤٥٠) .
(٢) في الأصل : (قاله) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٧٤) .
(٣) كافي المحتاج (ق٣/٢٩١) مخطوط .
(٤) أي : ورق الشجر وصوف الشاة .
(٥) التوسط والفتح (ق٦/٤٩) مخطوط .

وَإِنْ خَلَطَ ٱلْمَغْصُوبَ بِمَا لَا يَتَمَيَّزُ ؛ كَٱلْحِنْطَةِ إِذَا خَلَطَهَا بِٱلْحِنْطَةِ ، وَٱلزَّيْتِ بِٱلزَّيْتِ : فَإِنْ كَانَ مِثْلَهُ . . لَزِمَهُ مِثْلُ مَكِيلَتِهِ مِنْهُ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ . . فَهُوَ بِٱلْخِيَارِ ؛ بَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَكِيلَتَهُ مِنْهُ ، وَبَيْنَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مِثْلَ مَالِهِ ، وَقِيلَ : يُجْبَرُ عَلَى ٱلدَّفْعِ إِلَيْهِ مِنْهُ . . . .

[خلطُ المغصوب بغيره]

(**وإن خلط**) الغاصب (**المغصوب**) بماله من جنسه ، وأمكن التمييز ؛ كبُرٍّ أبيض بأحمر . . لزمه التمييز وإن شقَّ عليه ، أو (**بما لا يتميَّز ؛ كالحنطة إذا خلطها بالحنطة**) التي لا تتميَّز عنها (**والزيت بالزيت ، فإن كان مثله**) في القيمة . . (**لزمه**) في قولٍ (**مثل مكيلته منه**) لأنه قادرٌ علىٰ بعض عين ماله ، عاجزٌ عن البعض ؛ فهو كمن غصب منه صاعان فتلف أحدهما ، وهٰذه طريقةٌ جاريةٌ على القياس ، **والمذهب المنصوص** : أنه كالتالف[1] ، فللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط ؛ لأنه لا يقدر علىٰ ردِّ العين ، فجاز له دفع المثل ، وله أن يعطيه من المخلوط ؛ لأنه مثل ماله .

* * *

(**وإن خلطه بأجود منه . . فهو بالخيار بين أن يدفع إليه [مكيلته]**[2] **منه**) ويُجبَر المالك علىٰ ذٰلك ؛ لأن بعضها عين حقِّه ، وبعضها أجود منه (**وبين أن يدفع إليه مثل ماله**) لأن الخلط جعله كالتالف ، **وهٰذا هو المذهب** .

(**وقيل : يُجبَر على الدفع إليه منه**) لأن اكتسابه الجودة بالخلط

---

(١) الأم (٤/٥٣٥) .

(٢) في الأصل : (مكيله) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَإِنْ خَلَطَهُ بِأَرْدَأَ مِنْهُ . . فَٱلْمَغْصُوبُ مِنْهُ بِٱلْخِيَارِ ؛ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ حَقَّهُ مِنْهُ ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مِثْلَ مَالِهِ . . . .

كزيادةٍ متصلةٍ حصلت في يد الغاصب ، وهي لا تمنع الردَّ .

* * *

(**وإن خلطه بأردأ منه . . فالمغصوب منه بالخيار ؛ بين أن يأخذ حقَّه منه**) ولا أرش له (**وبين أن يأخذ مثل ماله**) لأن الضرر يندفع بكلٍّ منهما ، وهٰذه طريقةٌ ، **والمذهب** : أنه كالتالف ، فلا يُجبَر الغاصب على الدفع منه ، فإن دفع الغاصب إليه منه ورضي به . . أخذه ولا أرش له ؛ كما مرَّ ، وكان مسامِحاً ببعض حقِّه ، وإلا . . أخذ مثل ماله ، **وقيل** : يُباعان ، ويُقسَم الثمن علىٰ نسبة القيمتَينِ .

وقضية إطلاقهم : أنَّ خَلْط الدراهم بمثلها بحيث لا تتميَّز هلاكٌ ، **وهٰذا أوجَهُ** ؛ كما قاله بعض المتأخرين من قول ابن الصباغ وغيره : إنهما يشتركان (١) ، والفرق بأن كل درهمٍ متميِّز في نفسه ، بخلاف الزيت ونحوه . . منتقِضٌ بالحبوب .

*

ولو اختلط الزيتان أو نحوهما بانصبابٍ ونحوه ؛ كصبِّ بهيمةٍ أو برضا مالكهما . . فمشتركٌ ؛ لعدم التعدِّي ، فإن كان أحدهما أردأ . . أُجبِر صاحبه علىٰ قَبول المختلط ؛ لأن بعضه عين حقِّه ، وبعضه خيرٌ منه ، لا صاحبُ الأجود ؛ فلا يُجبَر علىٰ ذٰلك ، فإن أخذ منه . . فلا أرش له ؛ لعدم التعدِّي ، وإلا . . بِيعَ

---

(١) الشامل (ق٢/٥٥) مخطوط .

وَإِنْ خَلَطَ ٱلزَّيْتَ بِٱلشَّيْرَجِ وَتَرَاضَيَا عَلَى ٱلدَّفْعِ مِنْهُ . . جَازَ ، وَإِنِ ٱمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا . . لَمْ يُجْبَرْ . . . .

المختلط ، وقُسِّم الثمن بينهما بنسبة القيمة ، فإن أراد قسمة عين المتفاضلَين في القيمة علىٰ نسبة القيمة . . لم يجز ؛ للتفاضل في الكيل ونحوه .

* * *

(**وإن خلط**) المغصوب بغير جنسه ؛ كـ (**الزيت بالشيرج**) ودقيق الحنطة بدقيق الشعير (**وتراضيا على الدفع منه**) أو بيعه وقسمة الثمن . . (**جاز**) لأنَّ الحقَّ لهما لا يَعْدوهما ، ولأنَّ التفاضُل جائزٌ مع اختلاف الجنس .

(**وإن امتنع أحدهما . . لم يجبر**) أي : الممتنع ؛ لأنه كالهالك ، فلا يُلزَم الغاصب ببدل ما لم يجب عليه ، ولا المغصوبُ منه بقَبول ما لم يجب له ، فيغرم المثل ، **وقيل** : يباعان ، ويقسم الثمن علىٰ نسبة القيمتَين .

* * *

ولو لم يكن غصبٌ ؛ كأنِ انصبَّ أحدهما على الآخر . . فمشتركٌ ؛ لِمَا مرَّ في اختلاط / الشيء بجنسه ، فإن اتفقا علىٰ قسمته ، أو بيعه وقسمة الثمن بينهما . . جاز ؛ كما مرَّ . 144/أ

* * *

ولو غصب زيتين أو نحوهما من اثنين فأكثر وخلطهما . . فهو كما لو غصب زيتاً وخلطه بزيته ؛ كما قاله ابن المقري في « روضه »[1] ، وهو مقتضىٰ كلام « أصله »[2] ؛ أي : فيصير كالهالك ، وقال البلقيني :

---

(1) روض الطالب (١/٣٩٩) .

(2) روضة الطالبين (٣/٦٧٩ ـ ٦٨٠) .

وَإِنْ أَحْدَثَ فِيهِ عَيْناً ؛ بِأَنْ كَانَ ثَوْباً فَصَبَغَهُ : فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيمَتُهُمَا وَلَمْ تَنْقُصْ . . . .

(**المعروف عند الشافعية** : أنه لا يملك شيئاً منه ، ولا يكون كالهالك)[١]

وحكىٰ صاحب « البحر » في ذٰلك وجهين ؛ **أحدهما** : يُقسَم بينهما ، **والثاني** : يتخيَّران بين القسمة والمطالبة بالمثل[٢]

قال شيخنا الشهاب الرملي رضي الله تعالىٰ عنه : (**وممَّا يؤيِّد كلام البلقيني** : ما نُقِل عن « فتاوى النووي » : أنه لو غصب دراهم من جماعةٍ [وخلطها] ودفع لكلٍّ قَدْر حقِّه . . جاز له أخذه والتصرُّف فيه ، وإن دفع لأحدهم فقط . . صار مشتركاً بين الجميع ، **وفرق بينه وبين ما إذا خلطه بمال نفسه** : بأنه تبعٌ لمملوكٍ له فاستتبع ، بخلاف مال الأجنبيين لا أولويَّةَ لأحدهما على الآخر)[٣]

[صَبْغُ الثوب المغصوب]

(**وإن أحدث فيه [عيناً]**[٤] ؛ **بأن كان**) المغصوب (**ثوباً فصبغه**) الغاصب بصِبْغه (**فإن لم تزد قيمتهما**) أي : الثوب والصبغ (**ولم تنقص**) كأن كانت قيمة الثوب عشرةً والصبغ خمسةً ، فبلغت قيمته مصبوغاً خمسةَ عشرَ ؛

---

(١) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ٢/٢١) مخطوط ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٧٧) : (وهٰذا أوجه) .

(٢) بحر المذهب (٩/٦٧) .

(٣) فتاوى الشهاب الرملي (٢/٢٥٨ ـ ٢٦٠) .

(٤) في الأصل (عيباً) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

صَارَ ٱلْغَاصِبُ شَرِيكاً لَهُ بِقَدْرِ ٱلصِّبْغِ ؛ فَإِنْ أَرَادَ ٱلْغَاصِبُ قَلْعَ ٱلصِّبْغِ . . لَمْ يُمْنَعْ ، وَإِنْ أَرَادَ صَاحِبُ ٱلثَّوْبِ قَلْعَ ٱلصِّبْغِ وَٱمْتَنَعَ ٱلْغَاصِبُ . . أُجْبِرَ ، وَقِيلَ : لَا يُجْبَرُ ، وَهُوَ ٱلْأَصَحُّ . . . .

فإن تراضيا على الإبقاء . . (**صار الغاصب شريكاً له**) بالنسبة (**بقدر الصبغ**) فلصاحب الثوب في مثالنا الثلثان ، وللغاصب الثلث ، وليس المراد اشتراكهما علىٰ جهة الشيوع ، بل أحدهما بثوبه ، والآخر بصبغه ؛ كما ذكره جمعٌ من الأصحاب ، قال الإسنوي : (ومن فوائده : أنه لو زادت قيمة أحدهما . . فاز به صاحبه)[(١)] ، أو على القلع . . فواضحٌ .

* * *

(**فإن**) أمكن فصل الصبغ و(**أراد الغاصب قلع الصبغ . . لم يمنع**) لأنَّه عين ماله ، فله فصله ولو نقص الثوب ورضي المالك بإبقائه ، وعليه الأرش كما صرَّح به ابن المقري[(٢)] ، (**وإن أراد صاحب الثوب قلع الصبغ وامتنع الغاصب . . أُجبِر**) عليه في الأصح عند الشيخين[(٣)] ، وهو المعتمد ؛ كما في قلع الغراس .

(**وقيل : لا يُجبَر**) قال الشيخ : (**وهو الأصح**) لأنه يضيع بفصله ، بخلاف الغراس .

وإن لم يمكن فصله ؛ فإن لم تزد قيمته بالصبغ ولم تنقص . . فلا شيء

---

(١) المهمات (٦/٦٢) .

(٢) روض الطالب (١/٣٩٨) .

(٣) الشرح الكبير (٥/٤٥٨) ، روضة الطالبين (٣/٦٧٧) .

وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ ٱلثَّوْبِ وَٱلصِّبْغِ . . كَانَتِ ٱلزِّيَادَةُ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ نَقَصَتْ قِيمَةُ ٱلثَّوْبِ . . حُسِبَ ٱلنُّقْصَانُ عَلَىٰ صَاحِبِ ٱلصِّبْغِ . . . .

للغاصب فيه ، ولا عليه شيءٌ ، وإن نقصت . . لزمه الأرش ؛ لحصول النقص بفعله [١]

❊ ❊ ❊

(**وإن زادت قيمة الثوب والصبغ**) بسبب ارتفاع سوقهما أو بسبب العمل . . (**كانت الزيادة بينهما**) بالنسبة ؛ لأنها قامت بالثوب والصبغ .

(**وإن نقصت قيمة الثوب**) بصبغه ؛ كأن صارت في مثالنا [٢] اثني عشرَ . . (**حُسِب النقصان علىٰ صاحب الصبغ**) لأن الأصل : هو الثوب ، والصبغ وإن كان عَيْناً فهو كالصفة التابعة للثوب ، ولأن صاحبه هو الذي عمل .

قال في « الروضة » كـ « أصلها » : (أطلق الجمهور المسألة ، وفي « الشامل » و« التتمة » : إن نقص لانخفاض سعر الثياب . . فالنقص على الثوب ، أو سعر ٤٤٤/ب الصبغ / أو بسبب الصنعة . . فعلى الصبغ ، وإن زاد سعر أحدهما بارتفاعه . . فالزيادة لصاحبه ، أو بسبب الصنعة . . فهي بينهما ، فيمكن إنزال الإطلاق عليه) انتهىٰ [٣]

---

(١) في نسخ « التنبيه » زيادة : (فإن وهب الصبغ من صاحب الثوب . . فقد قيل : يجبر ، وقيل : لا يجبر ، وهو الأصح) ، وسيأتي الكلام علىٰ شرحه (٥/٢٠٢ ـ ٢٠٣) ، ولعلها سقطت من نسخة الخطيب الشربيني من المتن .
(٢) أي : المارّ قريباً .
(٣) روضة الطالبين (٣/٦٧٦) ، الشرح الكبير (٥/٤٥٧) .

وحكىٰ هٰذا التفصيل ابن الرفعة عن القاضي حسين وأبي الطيب(١) ، وحكاه غيره عن البندنيجي وسُلَيم(٢) ، **فهو الراجح** .

* * *

ولو أراد أحدهما الانفراد ببيع ملكه لثالثٍ . . لم يجز ؛ إذ لا ينتفع به وحده ؛ كبيع دارٍ لا ممرَّ لها .

نعم ؛ لو أراد المالك بيع الثوب . . لزم الغاصب البيع للصبغ معه ؛ لأنه متعدٍّ بخلاف ما إذا أراد الغاصب بيع الصبغ . . لا يلزم مالك الثوب البيع معه ؛ لئلا يلزم بتعدِّيه إزالة ملك غيره .

وقضيَّة تعليلي الحكمَينِ : أنه لو كان الصبغ لثالثٍ . . لم يكن كالغاصب فيهما ، **وهو ظاهرٌ في الأول دون الثاني** .

* * *

ولو وهب الغاصبُ لمالك الثوب الصبغَ . . لم يلزمه قَبوله ؛ كالبناء والغراس ، بخلاف نعل الدابة المردودة بعيبٍ ؛ لأن الغاصب متعدٍّ ، بخلاف المشتري .

ولو بذل صاحب الثوب للغاصب قيمة الصبغ ليتملَّكه . . لم يُجَبْ إليه ، أمكن فصله أم لا ، بخلاف البناء والغراس في العارية ؛ لتمكُّنه من القلع مجاناً ، بخلاف المعير ، ولأن بيع العقار عسرٌ ، بخلاف بيع الثوب .

---

(١) كفاية النبيه (١٠/٤٦٤ ـ ٤٦٥) ، وانظر « الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام » (ق٢/٢١) مخطوط .

(٢) انظر « النجم الوهاج » (٥/٢٠٨) .

وإن كان الصبغ مغصوباً من آخر . . اشتركا فيه وفي الثوب ؛ كما مرَّ ، فإن حصل في المغصوب نقصٌ [باجتماعهما] . . اختصَّ بالصبغ ؛ كما سبق ، وغرم الغاصب لصاحب الصبغ قيمة صبغه ، وإن أمكن فصله . . فلهما ولأحدهما تكليف الغاصب الفصل ، فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما . . غرمه الغاصب .

* * *

ولو طيَّرت الريح ثوباً إلىٰ مصبغة شخصٍ فانصبغ . . اشتركا فيه ؛ كما مرَّ ، ولم يُكلَّف أحدهما البيع ولا الفصل ولا الأرش إن حصل نقصٌ ؛ إذ لا تعدِّيَ .

وإن كان الصبغ لمالك الثوب . . فالزيادة الحاصلة له ؛ لأنها أثرٌ محضٌ ، والنقص على الغاصب ، فيغرم أرشه ، وللمالك إجباره علىٰ فصله إن أمكن ، وليس للغاصب فصله إذا رضي المالك بإبقائه ، أو سكت ؛ كما قاله الإسنوي [١]

وإن كان الحاصل من الغصب تمويهاً . . فكالتزويق ، وسيأتي بيانه [٢]

ولتُّ السويق بالزيتِ ونحوه . . كصبغ الثوب فيما مرَّ .

ولو جعل الخشبة المغصوبة باباً وسمره بمسامير له ونزعها منه . . ضمن نقص قيمته ، فلو بذلها للمغصوب منه . . لم يجب عليه قَبولها .

---

(١) كافي المحتاج (ق ٣/٢٩٢) مخطوط .

(٢) انظر ما سيأتي قريباً (٥/٢٠٥) .

وَإِنْ عَمِلَ فِيهِ عَمَلاً زَادَتْ بِهِ قِيمَتُهُ ؛ بِأَنْ قَصرَ ٱلثَّوْبَ ، أَوْ عَمِلَ مِنَ ٱلْخُشُبِ أَبْوَاباً . . فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِعَمَلِهِ ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِيمَا زَادَ . . . .

[حكم ما لو أحدث الغاصب بالمغصوب أثراً]

(**وإن عمل فيه عملاً**) أي : أثراً لا عيناً (**زادت به قيمته ؛ بأن قصر الثوب ، أو عمل من الخشب أبواباً**) أو نسج الغزل ، أو غزل القطن أو نحوه ، أو خاط الثوب بخيطٍ للمالك ، أو ضرب الفضة دراهم أو غيرها ، أو ضرب الطين لَبِناً ، أو ذبح الشاة وشواها ، أو طحن الحنطة . . (**فهو متبرِّعٌ بعمله**) لأن المالك لم يأذن له فيه ، (**ولا حقَّ له فيما زاد**) لتبرُّعه ، وللمالك إجبارهُ علىٰ إعادته كما كان إن أمكن ؛ كإعادة الدراهم سبائك ، واللَّبِن / طيناً ، فإن لم يمكن ؛ كالقصارة . . فليس له إجباره عليها ، بل يأخذه بحاله مع أرش نقصه إن نقص عمَّا كان قبل الزيادة . 1/445

* * *

وإن رضي المالك بما يمكن إعادته بحاله . . أُجبِر الغاصب علىٰ تسليمه له بحاله ، وعليه غرم أرش النقص ، إلا أن يكون له غرضٌ في الإعادة ؛ كأن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان ، أو علىٰ غير عياره . . فله [إبطالها][1] وإن لم يرضَ به المالك .

ولو ضرب الشريك الطين المشترك لَبِناً ، أو السبائك دراهم بغير إذن شريكه . . جاز لهُ أن ينقضه وإن رضي شريكه بالبقاء ؛ لينتفع بملكه كما كان ؛ كما أفتىٰ به البغوي[2]

(1) في الأصل : (إبطاله) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٥٦) .
(2) فتاوى البغوي (ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣) .

فَإِنْ غَصَبَ دَرَاهِمَ فَٱشْتَرَىٰ سِلْعَةً فِي ذِمَّتِهِ وَنَقَدَ ٱلدَّرَاهِمَ فِي ثَمَنِهَا وَرَبِحَ . . رَدَّ مِثْلَ ٱلدَّرَاهِمِ ، وَفِي قَوْلٍ آخَرَ : أَنَّهُ يَلْزَمُهُ رَدُّهَا مَعَ ٱلرِّبْحِ ، وَٱلْأَوَّلُ أَصَحُّ .

ولو زوَّق الغاصب الدار المغصوبة بما لا يتحصَّل منه شيءٌ بقلعه . . لم يجز له قلعه إن رضي بإبقائه المالك ، وليس للمالك إجباره عليه ؛ كالثوب إذا قصره ، خلافاً للزركشي في قوله : (**والأقوىٰ** : أن له إجباره)[1]

*

(**فإن غصب دراهم فاشترىٰ سلعةً في ذمَّته ، ونقد الدراهم في ثمنها ، وربح . . ردَّ مثل الدراهم**) لأنها مثليةٌ إن تعذَّر عليه ردُّ ما أخذه ، وإلا . . وجب عليه ردُّه بعينه .

(**وفي قولٍ آخر : أنه يلزمه ردُّها مع الربح**) لئلا يرتفق الغاصب بالمغصوب ، (**والأول : أصح**) لأنه ليس من عين المغصوب ، أما إذا اشترىٰ بعينه . . **فالجديد** : بطلانه[2]

[حكم الأيدي المترتبة علىٰ يد الغاصب]

والأيدي المترتِّبة علىٰ يد الغاصب . . أيدي ضمانٍ وإن جهل صاحبها الغصبَ وكانت أيدي أمانةٍ ؛ لأنه وضع يده علىٰ ملك الغير بغير إذنه ، والجهل لا يُسقط الضمان .

نعم ؛ لا ضمان على الحاكم ولا نائبه إذا أخذاه من الغاصب[3] ، ولا علىٰ

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٥٦) .

(٢) انظر « مختصر المزني » (ص ١٢٢) .

(٣) عبارة « فتح الوهاب » (١/٢٣٢) : (إذا أخذاه لمصلحة) ، وفي « مغني المحتاج » ←

وَإِنْ غَصَبَ شَيْئاً وَبَاعَهُ . . كَانَ لِلْمَالِكِ أَنْ يُضَمِّنَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، فَإِنْ عَلِمَ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلْغَصْبِ فَضَمَّنَهُ . . لَمْ يَرْجِعْ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . . . .

من انتزعه ليردَّه علىٰ مالكه إن كان الغاصب حربياً أو رقيقاً للمالك ، ولا علىٰ من تزوَّج المغصوبة من الغاصب جاهلاً بالحال .

وقرار الضمان على الآخذ إن تلف عنده ؛ كغاصبٍ من غاصبٍ ، فيُطالَب بكل ما يُطالَب به الأوَّل ، ولا يرجع على الأوَّل وإن غرم ، ويرجع عليه الأول إن غرم ، إلا إذا كانت القيمة في يد الأوَّل أكثر . . فيُطالَب بالزائد الأوَّل فقط ، إلا إن جهل الآخذُ الحالَ ، ويدُه في أصلها أمينةٌ بلا اتِّهابٍ ؛ كوديعةٍ وقراضٍ . . فالقرار على الغاصب ؛ لأن يده نائبةٌ عن يد الغاصب ، فإن غرم الغاصب . . لم يرجع عليه ، وإن غرم هو . . رجع على الغاصب .

ومثله : لو صال المغصوب علىٰ شخصٍ فأتلفه ، أما المتَّهب . . فالقرار عليه وإن كانت يده أمينةً ؛ لأنه أخذه للتملُّك ، ومتىٰ أتلف الآخذ من الغاصب . . فالقرار عليه وإن كانت يده أمينةً .

[للمالك تضمين الغاصب أو المشتري منه]

(**وإن غصب شيئاً وباعه . . كان للمالك أن يُضمِّن من شاء منهما**) لثبوت يده علىٰ مال الغير من غير استحقاقٍ ، (**فإن علم المشتري بالغصب**) أو جهله وتلف المغصوب أو بعضه أو تعيَّب عنده (**فضمنه . . لم يرجع على الغاصب**)

← (٢/٣٦٠) للشارح رحمه الله تعالىٰ : (نعم ؛ يستثنى الحاكم وأمينه ؛ فإنهما لا يضمنان بوضع اليد علىٰ وجه الحفظ والمصلحة للمغصوب منه . . .) إلىٰ آخره .

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ فَمَا ٱلْتَزَمَ ضَمَانَهُ بِٱلْبَيْعِ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ؛ كَقِيمَةِ ٱلْعَيْنِ وَٱلْأَجْزَاءِ ، وَمَا لَمْ يَلْتَزِمْ ضَمَانَهُ ، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ بِهِ مَنْفَعَةٌ ؛ كَقِيمَةِ ٱلْوَلَدِ وَنُقْصَانِ ٱلْوِلَادَةِ . . يَرْجِعُ بِهِ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَمَا حَصَلَ لَهُ بِهِ مَنْفَعَةٌ ؛ كَالْمَهْرِ وَٱلْأُجْرَةِ وَأَرْشِ ٱلْبَكَارَةِ . . فَقَدْ قَالَ . . . .

بما غرمه ؛ لأنه غاصبٌ ، فيستقر عليه الضمان ، ويرجع بثمنه إن كان الغاصب
٤٤٥/ب قد قبضه منه / .

(**وإن لم يعلم**) أي : المشتري بالغصب أو علمه : (**[فما] التزم**)[1] المشتري (**ضمانه بالبيع . . لم يرجع به**) على الغاصب (**كقيمة العين والأجزاء**) وما أنفقه على الرقيق مثلاً ، وما أدَّاه من خراج الأرض ؛ أي : من مغارمها ، (**وما لم يلتزم ضمانه ولم يحصل له به منفعة ؛ كقيمة الولد**) المنعقد حرّاً الحادث عنده ، (**ونقصان الولادة . . يرجع به على الغاصب**) لأنه شرع في العقد على ألَّا يغرم شيئاً من ذلك ؛ فإذا غرمه . . رجع به ، وقول « الروضة » : (لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حرّاً)[2] . . سبقُ قلمٍ .

وفي رجوع المتَّهب من الغاصب بقيمة الولد التي غرمها للمالك وجهان ؛ **أوجهُهما** ـ كما رجَّحه بعض المتأخرين ـ : أنه كالمشتري .

* *

(**وما حصل له به منفعة ؛ كالمهر والأجرة وأرش البكارة . . فقد قال**

---

(١) في الأصل : (فالتزم) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٢) روضة الطالبين (٣/٦٩٠) .

فِي ٱلْقَدِيمِ : يَرْجِعُ ، وَقَالَ فِي ٱلْجَدِيدِ : لَا يَرْجِعُ . وَإِنْ ضَمَّنَ ٱلْغَاصِبَ : فَكُلُّ مَا رَجَعَ بِهِ ٱلْمُشْتَرِي عَلَى ٱلْغَاصِبِ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ٱلْغَاصِبُ ، وَكُلُّ مَا لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ٱلْمُشْتَرِي . . . .

في القديم : يرجع) به[1] ؛ لأنه دخل على أن ذلك غير مضمونٍ عليه ؛ كقيمة الولد .

(وقال في الجديد : لا يرجع) به[2] ؛ لأن الغاصب متسبِّبٌ والمشتري مُتلِفٌ ، والضمان يتعلَّق بالمباشر للإتلاف دون المتسبِّب .

هٰذا ؛ والأصح : أنه لا يرجع عليه بغرم منفعةٍ استوفاها ؛ كالسكنىٰ والركوب واللبس ؛ لأنه استوفىٰ مقابله ، ولا يرجع بأرش البكارة أيضاً ؛ لأنه استوفىٰ مقابله بالوطء ، ولأنه في مقابلة جزءٍ فائتٍ ، ويرجع بغرم ما تلف عنده من منفعةٍ بغير استيفاءٍ ، وبأرش نقص بنائه وغراسه إذا نقضه المالك ؛ لأن الغاصب غرَّه بالبيع ، وثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد كالمنفعة .

ولو زوَّج الغاصب المغصوبة ووطئها الزوج أو استخدمها جاهلاً ، وغرم المهر أو الأجرة . . لم يرجع ، ويرجع بغرم المنافع الفائتة عنده .

* * *

([وإن ضمَّن الغاصب] : فكل ما رجع به المشتري [على الغاصب]) كقيمة الولد وأجرة المنفعة الفائتة تحت يده . . (لم يرجع به الغاصب) لو غرَّمه ابتداءً ، (وكل ما لم يرجع به المشتري) كأجرة منفعةٍ استوفاها . .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/١٣٨) .

(٢) الأم (٨/٢١٦) .

يَرْجِعُ بِهِ ٱلْغَاصِبُ . وَإِنْ كَانَ ٱلْمَغْصُوبُ طَعَاماً فَأَطْعَمَهُ إِنْسَاناً : فَإِنْ قَالَ : (هُوَ مَغْصُوبٌ) ، فَضُمِّنَ ٱلْغَاصِبُ . . رَجَعَ بِهِ عَلَى ٱلْآكِلِ . . . .

(يرجع به الغاصب) على المشتري لو غرَّمه ابتداءً .

واستثنىٰ بعضهم : ما لو غرم قيمة العين وقت الغصب ؛ لكونها أكثر . . لم يرجع بالزائد على الأكثر من قيمة وقت قبض المشتري إلى التلف ؛ لأنه لم يدخل في ضمان المشتري ، ولذٰلك لا يُطالَب به ابتداءً ، وعدم الاستثناء أَولىٰ ؛ لأنَّ المشتري لا يغرم الزائد ، فلا يَصْدُق به الضابط المذكور .

وكل من انبنت ـ بنون فموحدة فنونٍ ـ يده علىٰ يد غاصب . . فكمشترٍ في الضابط المذكور في الرجوع وعدمه .

فَائِدَة

[في كيفية كتابة (ما) بعد (كل) موصولة أو مفصولة]

تُكتَب (ما) مفصولةً عن (كل) إذا لم تكن ظرفاً كما هنا ، وإن كانت ظرفاً ؛ كـ (كلما رأيت زيداً . . أكرمه) . . فتُكتَب موصولةً .

[حكم ما لو أطعم الغاصب الطعام المغصوب لآخر]

(وإن كان المغصوب طعاماً ، فأطعمه إنساناً ؛ فإن قال : هو مغصوبٌ ، فضُمِّن) بالبناء للمفعول (الغاصب . . رجع) الغاصب (به على الآكل) لفقد سبب الضمان وهو الغرور ، ولأن الآكل هو المُتلِف ، وإليه عادت منفعته .

وَإِنْ ضُمِّنَ ٱلْآكِلُ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى ٱلْغَاصِبِ . وَإِنْ قَالَ : (هُوَ لِي) ، فَضُمِّنَ ٱلْغَاصِبُ . . لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى ٱلْآكِلِ ، وَإِنْ ضُمِّنَ ٱلْآكِلُ . . رَجَعَ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَلَا يَرْجِعُ فِي ٱلْآخَرِ ، وَهُوَ ٱلْأَصَحُّ . وَإِنْ قَدَّمَهُ إِلَيْهِ وَلَمْ يَقُلْ : (هُوَ لِي) أَوْ (مَغْصُوبٌ) ، فَضُمِّنَ ٱلْآكِلُ . . رَجَعَ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ دُونَ ٱلْآخَرِ ، فَإِنْ ضُمِّنَ ٱلْغَاصِبُ : فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرْجِعُ ٱلْآكِلُ عَلَى . . . . .

(وإن ضُمِّن الآكل . . لم يرجع به على الغاصب) /لأنه استهلك ما غصبه ، فالقرار عليه . 1/446

* * *

(وإن قال : هو لي ، فضمن الغاصب . . لم يرجع به على الآكل) لاعترافه أن ظالمه غيره ، فلا يرجع علىٰ غير من ظلمه .

(وإن ضمن الآكل . . رجع) الآكل على الغاصب **(في أحد القولين)** لأنه غرَّه بتقديمه له ، **(ولا يرجع في الآخر ، وهو الأصح)** لأنه أتلفه لمنفعة نفسه .

* * *

(وإن قدَّمه إليه ولم يقل : هو لي ، أو مغصوبٌ ، فضمن الآكل . . رجع في أحد القولين) لأنه غرَّه **(دون الآخر)** وهو الأصح ؛ لِمَا مرَّ ، قال ابن الرفعة : (وسكت الشيخ عن التصحيح ؛ استغناءً بما ذكره فيما إذا قال : هُوَ لي ؛ فإن التغرير فيه أبلغ ، ولم يُفِد فيه الرجوع ، فكان فيما دونه بطريق الأولىٰ)[1]

(فإن ضمن) والحالةُ هـٰذه **(الغاصب ؛ فإن قلنا : لا يرجع الآكل على**

---

(1) كفاية النبيه (١٠/ ٤٨٠) .

ٱلْغَاصِبِ . . رَجَعَ ٱلْغَاصِبُ ، وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ ٱلْآكِلُ . . لَمْ يَرْجِعِ ٱلْغَاصِبُ .

الغاصب) وهو الأصح . . **(رجع الغاصب)** على الآكل ؛ لأن قرار الضمان عليه ، إلا إذا قال له : (هو ملكي) . . لا يرجع الغاصب على الآكل ؛ لِمَا مرَّ ، **(وإن قلنا : يرجع الآكل . . لم يرجع الغاصب)** لعدم الفائدة .

* *

ومطيع الغاصب في قطع الثوب وذبح الشاة المغصوبة ؛ [بأن][1] قال لهُ : (اذبحها) فذبحها ـ لا في قتلها ـ جاهلاً بالغصب . . يرجع عليه ؛ لأنه إنَّما ذبح له لا لنفسه ، وكذا كل ما استعان الغاصب فيه بغيره ؛ كطحنِ حنطةٍ ، وخبزِ عجينٍ ، وإنَّما لم يرجع عليه في صورة القتل ؛ لأنه حرامٌ ، بخلاف الذبح .

وخرج بـ **(الجاهل)** : العالم ، فلا يرجع على الغاصب ، بل الغاصب يرجع عليه بما ضمن .

* * *

ولو اختلفا في العلم ؛ فإن زعم الغاصب أنه عرف ذٰلك من غيره . . فالقول قول الآكل : أنه لم يعرفه ، وإن زعم أنه قال له حين الإذن : (إنه مغصوبٌ) . . فكذا ؛ كما قال الإسنوي : (إنه **المتَّجه**)[2] ، خلافاً للماوردي في قوله : (إن القول قول الغاصب)[3] ؛ لأنه أنكر وجود إذنٍ صحيحٍ .

*

(١) في الأصل : (فإن) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٤٢) .

(٢) كافي المحتاج (ق ٣/٢٨٨) مخطوط .

(٣) الحاوي الكبير (٨/٥٠٥) .

وَإِنْ أَطْعَمَ ٱلْمَغْصُوبَ مِنْهُ ٱلْمَغْصُوبَ وَهُوَ يَعْلَمُ . . بَرِئَ ٱلْغَاصِبُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَبْرَأُ ، وَٱلثَّانِي : لَا يَبْرَأُ . . . .

وإن قدَّمه لعبدٍ ولو بإذن المالك . . فالأكل جنايةٌ منه يُباع فيها ؛ لتعلُّق موجَبها برقبته ، فلو ضمن الغاصب . . رجع علىٰ قيمة العبد ، لا إن قدَّمه لبهيمةٍ وضمن الغاصب ؛ فإنه لا يرجع على المالك إن لم يأذن ، وإلا . . رجع عليه .

[حكم ما لو أطعم الغاصب الطعام المغصوب لمالكه]

(**وإن أطعم المغصوبَ منه**) أي : المالكَ (**المغصوبَ وهو يعلم . . برئ الغاصب**) لأنه استهلك مال نفسه عالماً به .

(**وإن لم يعلم**) به . . (**ففيه قولان ؛ أحدهما**) وهو الأصح : (**يبرأ**) لمباشرته لمالِهِ باختياره .

(**والثاني : لا يبرأ**) لأن الغاصب أزال يد المالك وسلطانه عنه ، ولم يَعُد ذٰلك بتسليمه إليه .

* * *

ومعلومٌ ممَّا تقدَّم : **أن محلَّ براءة الغاصب** : فيما إذا لم يُعَدَّ المغصوب هالكاً كالهريسة ؛ فإن الغاصب يملكه في هٰذه الحالة علىٰ أحد وجهين تقدَّم ترجيحه ، وإذا كان كذٰلك . . فلا يبرأ بأكل المالك له ؛ لأنه إنَّما أكل مال الغاصب ، فيلزمه البدل للمالك .

ويبرأ الغاصب بتمكين المالك منه بالوضع بين يديه عالماً بأنه له ، لا جاهلاً به ؛ لأنه يُعَدُّ قابضاً له في الأوَّل دون الثاني ، وكذا يبرأ بإعارته وبيعه وإقراضه له ولو كان جاهلاً بأنه له ؛ لأنه باشر أخذه باختياره ، لا بإيداعه ورهنه وإجارته / ٤٤٦/ب

وتزويجه منه والقراض معه فيه جاهلاً بأنه له ؛ لأن التسليط فيها غير تامٍّ ، بخلاف ما إذا كان عالماً ، ومحلُّه في **التزويج** : ما لم يستولدها ، فإن استولدها وتسلَّمها . . برئ الغاصب .

❊ ❊ ❊

ولو صال المغصوب علىٰ مالكه فقتله دفعاً لصياله . . لم يبرأ الغاصب ، سواء أعلم المالك أنه له أم لا ؛ لأنه لو كان لغيره . . لم يضمنه ، قال الزركشي : (وينبغي أن يكون المرتدُّ والباغي كذٰلك إذا قتله سيده الإمام ؛ كنظيره فيما مرَّ في « البيع »)[1]

❊

ولو كان المغصوب رقيقاً ، فقال الغاصب لمالكه : (أَعتِقه) ، أو : (أُعتِقه عنك) ، فأعتقه ولو جاهلاً بأنه له . . عتق ؛ لأن العتق لا يندفع بالجهل ، وبرئ الغاصب ؛ لأن المالك صرفه إلىٰ جهةٍ تعود مصلحتها إليه ، وكذا برئ فيما لو قال : (أعتقه عنِّي) ، فأعتقه ولو جاهلاً علىٰ ما رجَّحه السبكي وابن المقري[2] ، ويقع العتق عن المالك لا عن الغاصب **على الصحيح** في « أصل الروضة »[3] ، قال بعض المتأخرين : **والأوجَهُ معنىً** : أنه يقع عن الغاصب ، ويكون ذٰلك بيعاً ضمنياً إن ذكر عوضاً ، وإلا . . فهبةٌ ؛ بناءً علىٰ صحَّة البيع فيما لو باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٤٢) ، وانظر ما تقدم (٤/٤٨) .

(٢) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/٩٢) مخطوط ، روض الطالب (١/٣٩٠) .

(٣) الشرح الكبير (٥/٤١١) .

وَإِنْ رَهَنَ ٱلْمَغْصُوبَ مِنَ ٱلْغَاصِبِ . . لَمْ يَبْرَأْ مِنَ ٱلضَّمَانِ ، وَإِنْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ . . فَقَدْ قِيلَ : بَرِئَ ، وَقِيلَ : لَا يَبْرَأُ . وَإِنْ فَتَحَ قَفَصاً عَنْ طَائِرٍ ، فَوَقَفَ ثُمَّ . . . .

ولو قال المالك للغاصب : (أعتقه) ، أو : (أعتقه عنِّي ، أو عنك) ، فأعتقه . . عتق وبرئ ، قال البلقيني : (وينبغي أن يلحق بالإعتاق الوقفُ ونحوه)[١]

* * *

(**وإن رهن**) المالكُ (**المغصوب من الغاصب . . لم يبرأ من الضمان**) إلا إن أقبضه المالكَ أو نائبَه ثم أعاده إليه ؛ لأن الرهن لا ينافي الضمان ، بدليل ما لو [رهنه][٢] شيئاً فتعدَّىٰ فيه .

(**وإن أودعه إياه . . فقد قيل**) وهو **الأصح** : (**برئ**) لأنَّ الوديعة تنافي الضمان ، فتضمَّنتِ البراءة .

(**وقيل : لا يبرأ**) كما لو رهنه عنده .

[مسائل يقع فيها الضمان بلا غصبٍ]

ثم شرع الشيخ في مسائل ـ ذكرها الأصحاب استطراداً يقع فيها الضمان بلا غصبٍ ، بل بمباشرةٍ أو سببٍ ـ **فقال** : (**وإن فتح قفصاً عن طائرٍ**) وهيَّجه فطار . . ضمن ؛ لأنه طار بفعله ، وإن اقتصر على الفتح (**فوقف ثم**

---

(١) التدريب في الفقه الشافعي (٢/١٩١) .

(٢) في الأصل : (رهن) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١٠/٤٨٣) ، و« مغني المحتاج » (٢/١٦٩) .

طَارَ . . لَمْ يَضْمَنْهُ ، وَإِنْ طَارَ عَقِبَ ٱلْفَتْحِ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ . . . .

طار . . لم يضمنه) لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره .

(وإن طار عقب الفتح . . ففيه قولان ؛ أصحُّهما) عند الشيخ : **(أنه لا يضمن)** ه ؛ لأن للطائر اختياراً في الطيران .

والقول الآخر ـ الأظهر عند الشيخين وهو المعتمد ـ : أنه يضمنه [1] ؛ لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيره .

ولو كان الطائر في أقصى القفص ، فأخذ يمشي قليلاً قليلاً ثم طار . . فكطيرانه في الحال ؛ كما قاله القاضي ، قال : (ولو كان القفص مفتوحاً فمشىٰ إنسانٌ علىٰ بابه ، ففزع الطائر وخرج . . ضمنه) [2]

❊ ❊ ❊

ولو أخذته هرَّةٌ بمجرد الفتح وقتلته ، أو كسر في خروجه قارورةً مثلاً [أو] القفص [3] . . ضمنه ؛ لأن فعل الطائر منسوبٌ إليه .

ومحلُّه في الهرَّة : إذا كانت حاضرةً ، وإلا . . فهو كعروض ريحٍ بعد فتح الزِّقِّ ، وسيأتي أنه لا ضمان فيه [4]

قال الماوردي والروياني : (ولو أمر طفلاً أو مجنوناً بإرسال طائرٍ في يده

---

(١) الشرح الكبير (٥/٤٠٢) ، روضة الطالبين (٣/٦٣٧) .
(٢) انظر « المطلب العالي » (ق ١١/٢٠٢) مخطوط .
(٣) في الأصل : (والقفص) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٣٨) .
(٤) انظر ما سيأتي قريباً (٥/٢١٧) .

فأرسله . . فهو كفتحه/القفص عنه)[1] ؛ فيُنظَر : هل يطير عقب الإرسال أو لا ؟ 1/447

وحلُّ رباط البهيمة والعبد المجنون وفتح باب مكانهما . . كفتح القفص فيما ذُكِر ، وفي معنى **المجنون** : الصبي الذي لا يميِّز ، بخلاف العبد العاقل ولو آبقاً ؛ لأنه صحيح الاختيار .

* * *

ولو حلَّ رباط وعاءٍ عن شعيرٍ مثلاً فأكلته بهيمةٌ بجنبه . . ضمنه ، بخلاف ما لو حلَّ رباط بهيمةٍ فأكلت علفاً أو كسرت إناءً . . لم يضمنه ، **وفرق** : بأنه إنَّما [لم] يضمن في تلك ؛ لأنه لم [يتصرَّف في التالف][2] ، بل في المُتلِف عكس هٰذه .

ولو خرجت البهيمة عقب فتح الباب ولو ليلاً فأتلفت زرعاً أو غيره . . لم يضمنه الفاتح ؛ إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن ذٰلك .

* * *

وإن رمىٰ طائراً ولو في هواء داره فقتله . . ضمنه ؛ إذ ليس له منعه من هواء داره ، ولا يضمنه إن نفره عن جداره ؛ لأن له منعه من جداره .

ولو غصب بقرةً فتبعها عجلها ، أو هادياً للقطيع ـ وهو الماشي أمامه ـ فتبعه

---

(1) الحاوي الكبير (8/510) ، بحر المذهب (9/80) .

(2) في الأصل : (ينصرف في الثاني) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (2/339) ، و« مغني المحتاج » (2/360) .

وَإِنْ فَتَحَ زِقّاً فِيهِ مَائِعٌ فَٱنْدَفَقَ مَا فِيهِ . . ضَمِنَ ، فَإِنْ بَقِيَ سَاعَةً ثُمَّ وَقَعَ بِٱلرِّيحِ فَسَالَ مَا فِيهِ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ كَانَ مَا فِيهِ جَامِداً فَذَابَ بِٱلشَّمْسِ . .

القطيع ، أو أُمَّ نحلٍ فتبعها النحل . . لم يضمن التابع ما لم تثبت يده عليه .

ولو فتح حرزاً وأخذ ما فيه غيرُه ، أو حبس شخصاً ولو ظلماً عن ماشيته ، فهلكت جوعاً أو عطشاً بسبب حبسه ، أو دلَّ على العين اللصوص . . لم يضمن ؛ إذ لم تثبت يده على المال .

* * *

(**وإن فتح زِقّاً**) أي : سِقاءً ، مطروحاً على الأرض (**فيه مائعٌ فاندفق ما فيه**) في الحال وتلف ، أو منصوباً فسقط بالفتح ، أو بتقاطر ما فيه وابتلال أسفله به وخرج ما فيه وتلف . . (**ضمن**) ه ؛ لأن الخروج المؤدِّي إلى التلف ناشئٌ عن فعله ، سواء أحضر المالك وأمكنه التدارك فلم يفعل أم لا ؛ كما لو حرق ثوبه أو قتل عبده وأمكنه الدفع فلم يفعل ، ذكره القمولي [1] .

(**فإن بقي ساعةً ثم وقع بالريح**) أو نحوه ؛ كزلزلةٍ أو وقوع طائرٍ عليه (**فسال ما فيه . . لم يضمن**) لأن الخروج بالريح أو نحوه لا بفعله ، ولو جُهِل الحال فلم يُعلَم سبب السقوط . . لم يضمن أيضاً في أحد وجهين جزم به ابن المقري [2] .

*

(**وإن كان ما فيه جامداً فذاب بالشمس**) وكان الزِّقُّ علىٰ هيئةٍ لو كان

---

(١) جواهر البحر المحيط (ق ٣/٢٣١) مخطوط .

(٢) روض الطالب (١/٣٨٩) .

ضَمِنَ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . . . .

ما فيه ذائباً لخرج . . (ضمن) لأن الشمس لم تُوجِب خروجه ، بل إذابته ، والخروج بسبب فعله .

(**وقيل : لا يضمن**) لأن خروجه بعارض الشمس ، فأشبه هبوب الريح ، (**وليس بشيءٍ**) لأن الشمس محقَّقة الشروق ، فالفاتح عرَّضه للخروج ، بخلاف الريح .

ويُؤخَذ من الفرق المذكور ، ومن تفريقهم بين المقارن والعارض فيما إذا أوقد ناراً في أرضه فحملها الريح إلىٰ أرض غيره فأتلفت شيئاً : أن الريح لو كانت هابَّةً عند الفتح . . أنه يضمن ، نبَّه علىٰ ذٰلك الإسنوي (١) .

ولو أذابه غير الفاتح بنارٍ ؛ كأن أوقد ناراً بقربه فذاب ما فيه وخرج وضاع . . فهو دون الفاتح ضامنٌ ؛ لأن إيقاده النار بقربه تَصرُّفٌ فيه بالتضييع وتسبُّبٌ إلىٰ إتلافه ، وكذا يضمن لو أزال/[أوراق] (٢) العنب فأفسدته الشمس . ٤٤٧/ب

* * *

ولو ذبح شاةً أو حمامةً فهلك ولدها لفقد ما يعيش به . . ضمنه ، **وقضيته** : أنه إذا وجد ما يعيش به . . لم يضمنه ؛ لإمكان تحصيل غذائه .

ويفرق بينها وبين ما قبلها : بأن الحيوان يحرُم تركه بلا مؤنةٍ بخلاف العنب ونحوه .

* * *

---

(١) كافي المحتاج (ق ٣/٢٨٧) مخطوط .

(٢) في الأصل : (أو أراق) ، والتصويب من « الغرر البهية » (٦/٦٠) .

وَإِنْ سَقَىٰ أَرْضَهُ فَأَسْرَفَ حَتَّىٰ أَهْلَكَ أَرْضَ غَيْرِهِ ، أَوْ أَجَّجَ نَاراً عَلَىٰ سَطْحِهِ فَأَسْرَفَ حَتَّىٰ تَعَدَّىٰ إِلَىٰ سَطْحِ غَيْرِهِ . . ضَمِنَ . وَإِنْ غَصَبَ حُرّاً عَلَىٰ نَفْسِهِ . . لَزِمَهُ تَخْلِيَتُهُ . . . .

(**وإن سقىٰ أرضه فأسرف**) أي : جاوز الحدَّ ؛ وهو ما يكفيها عادةً (**حتىٰ أهلك أرض غيره**) مثلاً (**أو أجَّج**) أي : أشعل (**ناراً علىٰ سطحه**) أو غيره (**فأسرف حتىٰ تعدَّىٰ إلىٰ سطح غيره**) مثلاً فأحرقه أو شيئاً منه . . (**ضمن**) ه ؛ لتعدِّيه بالإسراف ، ولو أوقدها في وقت هبوب الريح . . فهو كما لو أسرف ، بخلاف ما إذا لم يكن كذٰلك . . لا ضمان عليه ؛ لعدم تفريطه .

ولو كان في الأرض شقٌّ [١] ، وهو عالمٌ به فلم يحتط . . ضمن ؛ كما ذكره الرافعي في (الديات) [٢] ، وقال القاضي حسين : (يضمن ، سواء أعلم أم لم يعلم) [٣] ، **والأول أوجَهُ** .

ولو حصل الشكُّ أو الظن في الإسراف . . فلا ضمان ؛ **لأن الأصل** : براءة الذِّمَّة .

* *

(**وإن غصب حرّاً علىٰ نفسه**) بأن منعه من التصرُّف مثلاً . . (**لزمه تخليته**) ليبرأ من ظلمه ، ولو نقله قهراً إلىٰ مكانٍ آخر . . لزمه مؤنة ردِّه

(١) قال ابن الرفعة رحمه الله تعالىٰ في « كفاية النبيه » : (ولو كان في أرضه نقبة ، فسقىٰ أرضه من غير إسراف فنفذ من النقبة إلىٰ أرض غيره . . قال البندنيجي : إن علم بها فلم يسدها . . ضمن ، وإن لم يعلم بها . . لم يضمن . . .) إلىٰ آخره .

(٢) الشرح الكبير (١٠/٤٢٥ ـ ٤٢٦) .

(٣) انظر « كفاية النبيه » (١٠/٤٩٢) .

فَإِنِ ٱسْتَوْفَىٰ مَنْفَعَتَهُ . . ضَمِنَ ٱلْأُجْرَةَ ، وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً . . ضَمِنَ ٱلْأُجْرَةَ ، وَقِيلَ : لَا يَضْمَنُ . . . .

إن احتيج إليه ؛ لتعدِّيه إن كان للحُرِّ غرضٌ في الرجوع إلىٰ مكانه ، وإلا . . فلا شيء عليه ؛ كما نقله في « الروضة » عن المتولي (١) ، ورجَّحه ابن المقري (٢) ، وقيل : لا يجب ، إلا إذا كان النقل إلىٰ بريَّةٍ مهلكةٍ . . فعليه ردُّه إلى المأمَن حسبةً من حيث الأمر بالمعروف ، ولا يختصُّ به ، بل جملة المسلمين فيه سواء .

واحترز بـ (الحر) عن المكاتب ، وقد ذكره في بابه ، وعن أم الولد ؛ فهي كالقنِّ .

* * *

(فإن استوفىٰ منفعته . . ضمن الأجرة) لإتلافه منفعةً متقوِّمةً ، (وإن حبسه مدَّة) ولم يستوفِ منفعة . . (ضمن الأجرة) أيضاً ؛ لأنها لتقوُّمِها في عقد الإجارة [الفاسدة] (٣) تشبه منفعة المال .

(وقيل) وهو الأصح : (لا [يضمن]) (٤) ؛ لأنَّ الحر لا يدخل تحت اليد ، فمنفعته تفوت تحت اليد .

نعم ؛ لو استأجر شخصٌ الحرَّ . . جاز له إجارته ، ويستحقُّ عليه الحرُّ الأجرةَ بتسليم نفسه له ولو لم يستعمله ؛ بناءً لذٰلك على الحاجة والمصلحة ، وإلا

---

(١) روضة الطالبين (٣/٦٤٦) ، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق٧/٢٩) مخطوط .

(٢) روض الطالب (١/٣٩١) .

(٣) في الأصل : (كالفاسدة) ، والتصويب من « كنز الراغبين » (٣/٤٨) .

(٤) في الأصل : (تضمن) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَإِنْ غَصَبَ كَلْباً فِيهِ مَنْفَعَةٌ . . لَزِمَهُ رَدُّهُ . وَإِنْ غَصَبَ خَمْراً مِنْ ذِمِّيٍّ . . وَجَبَ رَدُّهَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَتْلَفَهَا . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ غَصَبَهَا مِنْ مُسْلِمٍ . . أَرَاقَهَا

فقضية كون منفعة الحرِ لا تدخل تحت اليد : منع ذلك ؛ كما قال به القفَّال (١)

أما ثياب الحرِّ المستولىٰ عليه . . فلا تدخل في ضمان المستولي ، صغيراً كان المستولىٰ عليه أو كبيراً ، قويّاً كان أو ضعيفاً .

ولو أكره حرّاً مرتدّاً علىٰ عملٍ ومات على الردَّة . . لم تلزمه أجرةٌ ؛ بناءً علىٰ زوال ملك المرتدِّ أو وقفه ؛ كما مرَّ (٢)

[غصب الاختصاص]

(**وإن غصب كلباً فيه منفعةٌ**) ككلب صيدٍ . . (**لزمه ردُّه**) لعموم الخبر (٣) ، بخلاف ما لا منفعة فيه ، (**وإن غصب خمراً من [ذمِّيٍّ]**) (٤) ولم يتظاهر بها . . (**وجب ردُّها عليه**) لأنه مُقَرٌّ على الانتفاع بها ، فإن أظهر شربها أو بيعها أو غيره أو هبتها ؛ كما في « الكفاية » (٥) . . لم تردَّ عليه ، بل تُراق عليه ، (**وإن أتلفها . . لم يضمن**) إذ لا قيمة لها (٦) / . ١/٤٤٨

(**وإن غصبها من مسلمٍ**) ولم تكن محترمةً . . (**أراقها**) لأنه

(١) فتاوى القفَّال (ق/٥٥) مخطوط ، وانظر « أسنى المطالب » (٣٤٣/٢) .
(٢) انظر ما تقدم (١٩٠/٥) .
(٣) تقدم ذكره وتخريجه (١٥٥/٥) .
(٤) في الأصل : (آدمي) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٥) كفاية النبيه (٤٩٥/١٠) .
(٦) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالحرم الشريف النبوي بالروضة الشريفة ، والله أعلم) .

وَإِنْ صَارَتْ خَلّاً . . رَدَّهَا . . . .

صلى الله عليه وسلم (أمر أبا طلحة بإراقة خمورٍ كانت[1] عنده لأيتامٍ)[2]

* * *

أما المحترمة ـ وهي ما عُصِرت لا بقصد الخمريَّة ؛ كما فسَّرها به الشيخان هنا[3] ـ . . فيجب ردُّها عليه ؛ لأن له إمساكها لتصير خلّاً ، (**وإن صارت خلاً . . ردَّها**) للمالك ؛ لأنَّها فرع ما هو مختصٌّ به .

وقضية التعليل : إخراج الخمرة غير المحترمة ، وبه جزم الإمام[4] ، وسوَّى المتولي بينهما[5] ، **وهو** ـ كما قال شيخنا شيخ الإسلام زكريا ـ **أوجَهُ**[6] ، إلا إن أعرض المالك عنها . . فلا يلزم الآخذَ ردُّها ، وليس للمالك استردادها .

والنبيذ كالخمر فيما ذُكِر ، قال الماوردي : (إلا أنه لا يريقه إلا بأمر حاكمٍ مجتهدٍ ؛ لئلا يتوجَّه عليه الغرم ؛ فإنه عند أبي حنيفة مالٌ)[7] ، والحاكم المقلِّد لمن يرىٰ إراقته كالمجتهد في ذٰلك .

* * *

---

(١) في الأصل : (كانت كانت) ، والتصويب من مصادر التخريج .

(٢) أخرجه أبو داوود (٣٦٦٧) عن سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه ، والترمذي (١٢٩٣) عن سيدنا أبي طلحة رضي الله عنه .

(٣) الشرح الكبير (٥/٤٥٢) ، روضة الطالبين (٣/٦٧٣) .

(٤) نهاية المطلب (٧/٢٤٨) .

(٥) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/٢٩) مخطوط .

(٦) أسنى المطالب (٢/٣٥٥) .

(٧) الأحكام السلطانية (ص ٣٢٨ ـ ٣٢٩) .

وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ . . رَدَّهُ ؛ فَإِنْ دَبَغَهُ . . فَقَدْ قِيلَ : يَرُدُّهُ ، وَقِيلَ : لَا يَرُدُّ . . . .

ولو أتلف ماء عنبٍ واختلفا في تخمُّره . . فالقول قول المالك ؛ **لأن الأصل** : بقاء ماليَّته ، **والمتَّجه** ـ كما قال الإسنوي وغيره ـ : إلحاق الحشيشة بالخمر إذا قلنا بأنَّها مسكرةٌ[1] ، **وهو الأصح** عند النووي[2] .

أما إناء الخمر ونحوه . . فيجوز كسره إذا لم يقدر على الإراقة إلا به ، أو كان الإناء ضيّق الرأس ، ولو اشتغل بالإراقة . . أدركه الفسَّاق ومنعوه ، أو كان يضيع زمانه ويتعطَّل شغله ، ذكره الغزالي[3] ، وللولاة كسر آنية الخمر والنبيذ زجراً وتأديباً دون الآحاد .

* * *

(**وإن غصب جلد ميتةٍ . . ردَّه**) لعموم الخبر[4] ، ولأنه منتفَعٌ به ، (**فإن دبغه . . فقد قيل**) **وهو الأصح** : (**يردُّه**) كالخلِّ .

(**وقيل : لا يردُّ**) هُ ، ويملكه الغاصب ؛ لأن الملك فيه حصل بفعله ، بخلاف الخلِّ ، وإن أعرض المالك عنه . . فكالخمر فيما مرَّ .

ولو أتلف جلداً غير مدبوغ ، فادَّعى المالك أنَّهُ مذكّىً ، والغاصب أنه ميتةٌ . . صُدِّق الغاصب ؛ **لأن الأصل** : عدم التذكية .

* *

(١) كافي المحتاج (ق٣/٢٩٠) مخطوط .
(٢) المجموع (٣/٩) .
(٣) إحياء علوم الدين (٤/٦٢٠) .
(٤) تقدم تخريجه (٥/١٥٥) .

وَإِنْ غَصَبَ عَصِيراً ، فَصَارَ خَمْراً ثُمَّ صَارَتْ خَلّاً . . رَدَّهُ وَمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ ٱلْعَصِيرِ ، وَقِيلَ : يَرُدُّ ٱلْخَلَّ ، وَيَضْمَنُ مِثْلَهُ مِنَ ٱلْعَصِيرِ وَأَرْشَ مَا نَقَصَ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . . . .

(**وإن غصب عصيراً فصار خمراً**) . . ضمنه عصيراً ؛ لفوات ماليَّته ، وعليه إراقة الخمر إن عصرت بقصد الخمرية ، وإلا . . فلا يجوز له إراقتها لاحترامها .

(**ثُمَّ**) لو (**صارت خلّاً**) عنده . . (**ردَّهُ**) للمالك ؛ لأنه عين ماله ، وإنَّما انتقل من صفةٍ إلىٰ أخرىٰ (**وما نقص من قيمة العصير**) إن نقصت قيمته عن العصير ؛ لحصوله في يده ، واستردَّ منه ما غرم له من العصير ؛ لوصوله إلىٰ عين ماله .

(**وقيل : يردُّ الخلَّ**) لِمَا قلناه ، (**ويضمن مثله من العصير وأرش ما نقص**) لأن ذٰلك لزمه بانقلابه خمراً ، فلم يسقط بعَوده خلّاً ؛ كما لو [سمن ثم] هزل ثم سَمِن [1] (**وليس بشيءٍ**) لأن الخلَّ عين العصير ، وإنَّما تغيَّرت صفته ، بخلاف السِّمَن ؛ فإن الثاني غير الأول .

* * *

ولو غصب بيضةً فتفرَّخت عنده ، أو بذراً فزرعه ونبت ، أو بزر قزٍّ فصار قزّاً . . أخذه المالك ؛ لأنه فرع ملكه ، ويغرم له الغاصب أرش النقص إن كان ؛ لِمَا مرَّ .

* * *

---

(١) في الأصل : (كما لو هزل ثم سمن ثم هزل) ، والتصويب من « غنية الفقيه » (ق ٢/٢١٣) مخطوط ، وعبارة « كفاية النبيه » (١٠/٤٩٨) : (كما لو غصب جاريةً فسمنت في يده ثم هزلت ثم سمنت) ، ومثله في « شرح التنبيه » للسيوطي (١/٤٥٨) .

وَإِنْ غَصَبَ صَلِيباً أَوْ مِزْمَاراً فَكَسَرَهُ . . لَمْ يَضْمَنِ ٱلْأَرْشَ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَا . . . .

(وإن غصب صليباً أو مزماراً) أو نحوه كالطنبور (فكسره . . لم يضمن [الأرش])[1] / ؛ لأنها محرَّمة الاستعمال ، ولا حرمة لصنعتها . 448/ب

ويُؤخَذ من ذٰلك : أن ما جاز من الآلات ـ كالدفِّ ـ يجب الأرش علىٰ كاسره ، وهو كذٰلك ، فلا تُكسَر ، **والأصح** : أن هـٰذه الآلاتِ المحرَّمةَ لا تُكسَر الكسر الفاحش ، بل تُفصَل لتعود كما قبل التأليف ؛ لزوال الاسم بذٰلك ، فإن عجز عن تفصيلها . . أبطلها كيف تيسَّر إبطالها ؛ بكسرٍ أو غيره ، ولا يجوز إحراقها إذا لم يتعيَّن طريقاً ؛ لأن رُضاضها متموَّلٌ محترمٌ ، فمن أحرقها . . لزمه قيمتها مكسورةً بالحدِّ المشروع ، ومن جاوزه بغير إحراقٍ . . لزمه التفاوت بين قيمتها مكسورةً بالحد المشروع وقيمتها منتهيةً إلى الحد الذي أتىٰ به .

❊ ❊

ويشترك في جواز [إزالة][2] المنكر الرجلُ والمرأةُ والخنثىٰ ـ ولو أرقَّاء أو فسقةً ـ والصبيُّ المميز ، ويُثاب عليه كما يُثاب البالغ ، وإنَّما تجب علىٰ قادرٍ مكلَّفٍ .

[اختلاف الغاصب والمالك في التلف أو الرد أو القيمة]

(وإن اختلفا) أي : المالك والغاصب في تلف المغصوب ؛ بأن ادَّعاه

---

(١) في الأصل : (بالأرش) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) في الأصل : (زوال) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/ ٢٣٤) ، و« مغني المحتاج » (٢/ ٣٦٨) .

فِي رَدِّ ٱلْمَغْصُوبِ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمَغْصُوبِ مِنْهُ ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قِيمَتِهِ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْغَاصِبِ .

الغاصب وأنكره المالك . . صُدِّق الغاصب بيمينه على التفصيل المتقدِّم في (الوديعة)[1] ؛ لأنه قد يكون صادقاً ويعجز عن البينة ، فلو لم نصدقه . . لتخلَّد الحبس عليه ، فإذا حلف . . غرَّمه المالك بدل المغصوب من مثلٍ أو قيمةٍ ، أو (**في ردِّ المغصوب . . فالقول قول المغصوب منه**) بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم ردِّه .

* * *

(**وإن اختلفا في قيمته**) بعد اتفاقهما على تلفه ، أو حلف الغاصب عليه ، أو في الثياب التي على الرقيق المغصوب ؛ كأن قال الغاصب : (هي لي) ، وقال المالك : (بل هي لي) ، أو في عيبٍ خَلقيٍّ به بعد تلفه ؛ كأن قال : (كان أعمىٰ أو أعرج خلقة) ، وقال المالك : (بل حدث عندك) . . (**فالقول قول الغاصب**) بيمينه في المسائل الثلاث ؛ **لأن الأصل** : براءته من الزيادة في الأولىٰ ، وعدم السلامة من الخَلقي في [الثالثة][2] ، ولثبوت يده في [الثانية][3] على العبد وما عليه .

فلو أقام المالك بينةً علىٰ أن القيمة أكثر ممَّا قاله الغاصب من غير تقديرٍ . . سُمِعت ، وكُلِّف الغاصب الزيادة علىٰ ما قاله إلىٰ حدٍّ لا تقطع البينة بالزيادة عليه .

---

(١) انظر ما تقدم (٥/١٦٥) وما بعدها .

(٢) في الأصل : (الثانية) ، والتصويب من هامش الأصل .

(٣) في الأصل : (الثالثة) ، والتصويب من هامش الأصل .

أو أقامها على الصفات ؛ ليُقوّمه [المُقوِّمون][1] بتلك الصفات . . لم تُقبَل ، لكن يستفيدُ المالك بإقامتها إبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات ، وصار كما لو أقرَّ الغاصب بالصفات وذكر [قيمةً][2] حقيرةً . . فيؤمر بالزيادة إلى الحدِّ اللائق .

* * *

أو في عيبٍ حادثٍ بعد تلفٍ ؛ كأن قال الغاصب : (كان أقطع أو سارقاً) ، وأنكر المالك . . صُدِّق المالك بيمينه ؛ **لأن الأصل** : السلامة من ذٰلك .

ولو ردَّ المغصوب وبه عيبٌ وقال : (غصبته هٰكذا) ، وقال المالك : (حدث عندك) . . صُدِّق الغاصب بيمينه ؛ **لأن الأصل** : براءة ذمَّته ممَّا يزيد علىٰ تلك الصفة .

خاتمة

[في مسائلَ منثورةٍ في الغصب]

لو غصب لؤلؤةً مثلاً وابتلعها وأمكنه إخراجها بشرب دواءٍ . . هل يلزمه ذٰلك أم لا ؟ أفتى القفَّال : بأنه لا يلزمه ، بل يغرم القيمة[3]

ولو غصب شخصٌ من الغاصب ما غصبه فأبرأ المالك الغاصب الأول عن

---

(١) في الأصل : (المتقومون) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٧٠) .
(٢) في الأصل : (قيمته) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٧٠) .
(٣) فتاوى القفَّال (ق/٥٥) مخطوط .

ضمان المغصوب التالف . . صحَّ الإبراء ؛ لأنه مطالبٌ بقيمته ، فهو كدَينٍ عليه ، ولا يبرأ الثاني ،/أو ملَّكه العين المغصوبة . . برئ وانقلب الضمان على الثاني للأوَّل . 1/449

وإن باع المالكُ المغصوبَ لغاصب الغاصب ، أو أبرأه عن الضمان للمغصوب التالف ، أو وهبه له وأقبضه ، أو أودعه عنده . . برئ الغاصب الأوَّل ، لا إن رهنه عند الثاني ، أو زوَّجه منه ، أو وكَّله ببيعه . . فلا يبرأ واحدٌ منهما .

* * *

ولو غصب ثوباً فتنجَّس عنده . . لم يجز له تطهيره بغير إذن مالكه ، ولا يُكلَّف تطهيره ، فإن طهَّره فنقص . . ضمن أرش النقص ، وإن لم يطهِّره . . فعليه مؤنة التطهير و[أرش][1] نقصه إن نقص .

* * *

ويضمن الغاصب نقص الشباب بالكبر ، ونقص النهود بتدلِّي الثدي ، ونقص المرودة بالتحاء الأمرد ، ونقص الفحل بالضراب أو نحو ذٰلك ، والولد الحاصل بضراب الفحل لمالك الأم وإن كانت للغاصب ، ولا شيء على الغاصب للإنزاء بلا نقصٍ ؛ لأنه لا يُقابَل بمالٍ .

* * *

---

(١) في الأصل : (أرشه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٦٢) ، و« مغني المحتاج » (٢/٣٨١) .

بَابُ الشُّفْعَة

(باب) بيان (الشفعة)

بإسكان الفاء ، وحُكِي ضمها ؛ وهي لغةً : مأخوذةٌ من الشفع بمعنى الضم على الأشهر ؛ من (شفعت الشيء) : ضممته ، ومنه : شفع الأذان ، أو بمعنى التقوية أو الزيادة ، وقيل : من الشفاعة .

وشرعاً : حقُّ تملُّكٍ قهريٍّ يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوضٍ .

* * *

والأصل فيها : خبر البخاري عن جابرٍ رضي الله عنه : (قضىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما [لم] يُقسَم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِفت الطرق . . [فلا شفعة])[(١)] ، وفي روايةٍ له : « في أرضٍ أو ربعٍ أو حائطٍ »[(٢)] ، **والربع** : المنزل ، **والحائط** : البستان .

والمعنىٰ فيه : رفع ضرر مؤنة القسمة ، واستحداث المرافق ؛ كالمصعَدِ والمنور والبالوعة في الحصَّة [الصائرة][(٣)] إليه ، قال الشيخ عزُّ الدِّين :

---

(١) صحيح البخاري (٢٢٥٧) ، وفي الأصل : (فيما لا يقسم) ، والتصويب من مصادر التخريج .

(٢) أخرجها مسلم (١٣٥/١٦٠٨) ، وانظر « الجمع بين الصحيحين » (١٦٥٢) فقد جعله المصنف من أفراد مسلم .

(٣) في الأصل : (الطائرة) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٨٢) .

وَلَا تَجِبُ ٱلشُّفْعَةُ إِلَّا فِي جُزْءٍ شَائِعٍ مِنْ عَقَارٍ مُحْتَمِلٍ لِلْقِسْمَةِ ؛ فَأَمَّا ٱلْمِلْكُ ٱلْمَقْسُومُ . . فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، وَغَيْرُ ٱلْعَقَارِ مِنَ ٱلْمَنْقُولَاتِ . . لَا شُفْعَةَ فِيهِ . وَأَمَّا ٱلْبِنَاءُ وَٱلْغِرَاسُ ؛ فَإِنَّهُ إِنْ بِيعَ مَعَ ٱلْأَرْضِ . . فَفِيهِ ٱلشُّفْعَةُ . . . . .

(والعفو عنها أفضل إلا أن يكون المشتري نادماً أو مغبوناً)(١)

* * *

وأركانها ثلاثةٌ : آخذٌ ، ومأخوذٌ منه ، ومأخوذٌ ، والصيغة إنَّما تجب في التملُّك ؛ كما سيأتي(٢)

[بيان ما تثبت فيه الشفعة]

وقد أخذ الشيخ في بيان ذلك فقال : (ولا تجب) أي : لا تثبت (**[الشُّفعة] إلا في جزءٍ شائعٍ من عقارٍ**) أي : أرضٍ (**محتملٍ للقسمة ، فأما الملك المقسوم . . فلا شفعة فيه**) للحديث المتقدِّم ، (**وغير العقار من المنقولات**) كسفينةٍ وحيوانٍ بِيعَ وحده أو مع أرضٍ . . (**لا شفعة فيه**) لأن العقار يدوم فيتأبَّد ضرر المشاركة بخلاف المنقول .

(**وأما البناء والغراس ؛ فإنه إن بِيعَ مع الأرض**) الحاملة له والمتخلِّلة بينه إن كانت تُقسَم . . (**ففيه الشفعة**) تبعاً ؛ كما في البيع ، فإن بِيعَ ذلك مع الأرض الحاملة له فقط . . لم تثبت الشفعة ؛ لأنَّ الأرض في هذه الحالة تابعةٌ ، والمنقول متبوعٌ .

ولو ادَّعى المشتري إحداث بناءٍ أو غراسٍ ، وادَّعى الشفيع أنه قديمٌ . .

---

(١) شجرة المعارف والأحوال (ص ٢٠٩) ، وانظر « النجم الوهاج » (٥/٢٢٢) .
(٢) انظر ما سيأتي (٥/٢٣٩) .

وَإِنْ بِيعَ مُنْفَرِداً . . فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ عَلَى ٱلنَّخْلِ طَلْعٌ غَيْرُ مُؤَبَّرٍ . . فَقَدْ قِيلَ : يُؤْخَذُ مَعَ ٱلنَّخْلِ بِٱلشُّفْعَةِ ، وَقِيلَ : لَا يُؤْخَذُ . . . .

فالمعتمد ـ كما في « الشامل » عن أبي العباس ـ : تصديق المشتري [1] ، وإن توقَّف فيه في « المطلب » [2] .

٤٤٩/ب (**وإن بِيعَ منفرداً . . فلا شفعة فيه**) لأنه منقولٌ ،/ فأشبه العبد .

* * *

(**وإن كان على النخل**) التي في الشقص المباع (**طلعٌ غير مؤبَّر**) حالة العقد . . (**فقد قيل**) وهو الأصح : (**يُؤخَذ مع النخل بالشفعة**) لأنه يتبعه في البيع ، فكذا في الأخذ .

(**وقيل : لا يُؤخَذ**) الطلع ؛ لأنه منقولٌ كالزرع .

وعلى الأول : لو لم يتَّفق الأخذُ لها حتىٰ أُبِّرت . . أخذها ؛ لدخولها في مطلق البيع ، وكذا كل ما دخل في البيع ثم انقطعت التبعيَّة ؛ فإنه يأخذه بالشفعة ؛ كما لو انفصلت الأبواب بعد البيع ، ولا يأخذ الثمرة الداخلة بالشرط ، ولا الشجر الجافَّ المشروط دخوله في البيع ؛ لانتفاء التبعيَّة في مطلق البيع ، فتخرج الثمرة المؤبَّرة المشروط دخولُها في البيع عن الأرض والنخيل اللَّتينِ يأخذهما بالشفعة بحصَّتها من الثمن ؛ كالزرع المشروط دخولُه في البيع ، والجزَّة الظاهرة ممَّا يتكرَّر التي لا تدخل في مطلق البيع ، ويبقىٰ كل ما لا يأخذه ؛ من ثمرةٍ وزرعٍ وجزَّةٍ إلىٰ أوان الجذاذ .

---

(١) الشامل (ق ٢/ ٥٨) مخطوط ، وانظر « قوت المحتاج » (٣/ ٣٥٤) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٢/ ١٢٠ ـ ١٢١) مخطوط .

وَمَا لَا يَنْقَسِمُ ؛ كَٱلرَّحَىٰ ، وَٱلْحَمَّامِ ٱلصَّغِيرِ ، وَٱلطَّرِيقِ ٱلضَّيِّقِ . . فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ ، وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلَانِ . . . .

ولا شفعة في علوٍ بلا سفلٍ كغرفة ؛ إذ لا قرار ، ولو كان السفل مشتركاً بينهما والعلوُّ لأحدهما ، فباع العلوَّ ، وباع نصيبه من السفل . . فالشفعة في نصيبه من السفل ، لا في العلوّ ؛ لانتفاء الشركة فيه .

ولو اشتركا في أرضٍ فيها شجرٌ لأحدهما ، فباعه مع نصيبه منها . . فالشفعة في الأرض بحصَّتها من الثمن ، لا في الشجر لذٰلك .

* * *

(وما لا ينقسم ؛ كالرحىٰ) وهي ـ مقصورة مؤنثة ـ : ما يُطحَن به ، تُكتَب بالياء والألف ، وتثنيتها [رحيان][1] ، وجمعها : أرحاء ، وجمع الأرحاء : أرحيةٌ ، (والحمَّام الصغير والطريق الضيق . . فلا شفعة فيه) بناءً علىٰ ما مرَّ من أن علَّة ثبوت الشفعة : دفع ضرر مؤنة القسمة ، واستحداث المرافق في الحصَّة الصائرة إلى الشفيع ؛ كمصعدٍ ومنورٍ وبالوعةٍ ، قال الرافعي : (وهٰذا الضرر وإن كان واقعاً قبل البيع لو اقتسم الشريكانِ ؛ لٰكن كان من حقِّ الراغب في البيع تخليص شريكه ببيعه منه ، فإذا لم يفعله . . سلَّطه الشرع علىٰ أخذه منه)[2] ، فعُلِم أنها لا تثبت إلا فيما يُجبَر الشريك فيه على القسمة إذا طلبها شريكه .

(وقيل : فيه قولان) أحدهما : لا تثبت ؛ لِمَا ذكرناه .

---

(١) في الأصل (رحيات) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢١٢) .
(٢) الشرح الكبير (٥/٤٨٧) .

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا فِيمَا مُلِكَ بِمُعَاوَضَةٍ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَالْخُلْعِ ....

والثاني : تثبت ؛ بناءً علىٰ أن العلَّة : دفع ضرر الشركة ، واختاره الروياني (١)

* * *

واختلفوا فيما يمكن قسمته علىٰ وجوهٍ ؛ **أصحُّها** : أنه ما يُنتفَع به بعد القسمة من الوجه الذي كان يُنتفَع به قبلها ، **والمراد** : أن يكون ذٰلك في الأرض دون الآلات ؛ كحجر الطاحون ؛ فإنه لا يمكن قسمته حجرَينِ .

وتثبت لمالك عُشر الدار الصغيرة إن باع مالكُ تسعة الأعشار نصيبه ؛ لأنه لو طلب من مالك العشر القسمة . . أُجبِر عليها ، لا إن باع مالك العُشر نصيبه ، فلا تثبت الشفعة للآخر ؛ لأَمْنِه من القسمة ؛ إذ لا فائدة فيها ، فلا يجاب طالبها لتعنُّته .

* * *

ولو باع نصيبه من أرضٍ تنقسم وفيها بئرٌ لا تنقسم ، ويسقي منها . . ثبتت الشفعة في الأرض دون البئر ، بخلاف الشجر النابت في الأرض ؛ لأنه ثابتٌ في محلِّ الشفعة ، والبئر مباينةٌ عنه / . ٤٥٠/أ

*

(**ولا شفعة إلا فيما مُلِك بمعاوضةٍ**) محضةٍ أو غيرها (**كالبيع والإجارة**) بأن يؤجِّره شيئاً مدَّةً معلومةً بشقص دارٍ ، (**والنكاح**) بأن يُصْدِقها شقصاً (**والخلع**) كأن تخالعه عليه ، وعوضِ الصلح عن دمٍ في جناية العمد ، فإن

---

(١) بحر المذهب (٩/١٤٧ ـ ١٤٨) .

وَمَا مُلِكَ بِوَصِيَّةٍ أَوْ هِبَةٍ لَا يُسْتَحَقُّ فِيهَا ثَوَابٌ . . فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ . وَمَا مُلِكَ بِشَرِكَةِ ٱلْوَقْفِ . . لَا تُسْتَحَقُّ فِيهِ ٱلشُّفْعَةُ . . . .

كانت خطأً أو شبه عمدٍ . . فالواجب فيها الإبل ، ولا يصح الصلح عنها ؛ لجهالة صفاتها ، [ورأسَ][1] مالِ سَلَمٍ ، والشقص المقرض أو نحو ذٰلك ، أما في البيع . . فلأنه جاء في حديث جابر : « فإن باعه ولم يُؤْذِنه . . فهو أحقُّ به » رواه مسلمٌ[2]

وأمَّا في غيره . . فلأنه عقدُ معاوضةٍ ، فأشبه البيع .

* * *

(**وما مُلِك**) بغير معاوضةٍ ؛ كأن مُلِك (**بوصيةٍ أو هبةٍ لا يُستحقُّ [فيها]**[3] **ثوابٌ**) أو إرثٍ أو فسخٍ . . (**فلا شفعة فيه**) لأنه مملوكٌ بغير بدلٍ ، أما الهبة التي تقتضي ثواباً ؛ كأن وهبه شقصاً بشرط ثوابٍ معلومٍ . . فإنه بيعٌ فتثبت فيه الشفعة .

(**وما مُلِك بشركة الوقف . . لا تُستحقُّ فيه الشفعة**) أي : لا يستحقُّ الموقوف عليه فيه الشفعة إذا باع شريكه نصيبه ، ولا شريكه إذا باع شريكٌ آخر نصيبه ؛ كما أفتىٰ به البلقيني[4] ؛ لامتناع قسمة الوقف عن الملك ، ولانتفاء ملك الأول عن الرقبة ، وعلىٰ ما اختاره الروياني والنووي من جواز قسمته

---

(١) في الأصل : (رأس) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٢) صحيح مسلم (١٦٠٨/١٣٤) .

(٣) في الأصل : (فيه) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٤) فتاوى البلقيني (ص ٤٠٧) .

وَيَأْخُذُ ٱلشَّفِيعُ ٱلشِّقْصَ بِٱلْعِوَضِ ٱلَّذِي ٱسْتَقَرَّ عَلَيْهِ ٱلْعَقْدُ . . . .

عنه . . لا مانع من أخذ الثاني [١] ، وهو ظاهرٌ ؛ إن كانت القسمةُ [إفرازاً] [٢]

قال ابن الملقن في « شرحه لهٰذا الكتاب » : (ولا نزاع في أن المسجد إذا كان له حصةٌ من دارٍ وبِيعَ منها حصَّةٌ . . أن للناظر أخذها بالشفعةِ إن رأىٰ ذٰلك) انتهىٰ [٣]

ومحلُّه ـ كما يُؤخَذ من قوله : (له) ـ : ما إذا كانت بهبةٍ للمسجد ؛ حتىٰ يكون ملكاً له ، لا موقوفةً عليه .

[ما يأخذ به الشفيع الشقص المشفوع]

(ويأخذ الشفيع الشقص بالعوض الذي استقرَّ عليه العقد) لأنه جاء في روايةٍ في « البيهقي » في حديث جابرٍ : « فإن باع . . فهو أحقُّ به بالثمن » [٤]

وما زِيدَ في الثمن أو حُطَّ عنه في مدَّة الخيار بنوعيه . . يُلحَق بالثمن ، فيلحق بعوضه الذي يأخذ به الشفيع ، فإن حطَّ كل الثمن . . فهو كما لو باع بلا ثمنٍ ، فلا شفعة للشريك ؛ لأنه يصير هبةً علىٰ رأيٍ ، ويبطل علىٰ رأيٍ ، أما ما [زِيدَ أو] حُطَّ بعد مدَّة الخيار . . فلا يُلحَق بالثمن .

*

(١) بحر المذهب (٦/١٢٩) ، روضة الطالبين (٧/٣٦٧) .

(٢) في الأصل : (إفراز) ، والتصويب من « الأنوار لأعمال الأبرار » (١/٤٤٨) ، و« أسنى المطالب » (٤/٢٦٠) .

(٣) غنية الفقيه (ق ٢/٢١٤) مخطوط .

(٤) السنن الكبير (٦/١٠٤) برقم (١١٦٨٣) .

فَإِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ . . أَخَذَهُ بِمِثْلِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ . . أَخَذَهُ بِقِيمَتِهِ وَقْتَ لُزُومِ ٱلْعَقْدِ . . . .

(**فإن كان له**) أي : العوض (**مثلٌ**) كنقدٍ وبُرٍّ . . (**أخذه بمثله**) إن تيسَّر ؛ لأنه أقرب إلىٰ حقِّه ، فإن لم يتيسَّر وقتَ الأخذ . . فبقيمته .

(**وإن لم يكن له مثلٌ**) كعبدٍ وثوبٍ . . (**أخذه بقيمته**) لتعذُّر المثل ، قال في « المطلب » : (**ويظهر** : أن الشفيع لو ملك الثمن قبل الأخذ . . تعيَّن الأخذ به ، لا سيما المتقوِّم ؛ لأن العدول عنه إنَّما كان لتعذُّره ، ويحتمل خلافه ؛ لِمَا فيه من التضييق) انتهىٰ[١] ، **والأول أوجَهُ** .

وتُعتبَر القيمة وقتَ البيع **على الأصح المنصوص**[٢] ، ولا اعتبار بما يحدث بعدها ؛ لحدوثه في ملك البائع ، **وقيل** : (**وقتَ لزوم العقد**) بانقطاع الخيار ؛ كما يُعتبَر الثمن حينئذٍ[٣] .

* * *

ولو جعل الشريك الشقص رأسَ مالِ سَلَمٍ . . أخذه الشفيع بمثل المُسلَم فيه إن كان مثلياً ، وبقيمته إن كان متقوِّماً ، أو صالح به عن دَينٍ . . أخذه بمثله أو قيمته كذٰلك ، أو صالح به عن دم عمدٍ [أو] استأجر[٤] به أو أمتعه . .

---

(١) المطلب العالي (ق ١٢/٨١) مخطوط .

(٢) الأم (٨/٢٤٥ ـ ٢٤٦) .

(٣) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٨٨) : (وجرىٰ علىٰ هٰذا القول في « التنبيه » ، ونبَّهت في « شرحه » علىٰ ضعفه) .

(٤) في الأصل (واستأجر) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٣٨٨) .

وَإِنْ كَانَ ٱلثَّمَنُ مُؤَجَّلاً . . فَفِيهِ أَقْوَالٌ : أَحَدُهَا : أَنَّهُ يُخَيَّرُ ؛ بَيْنَ أَنْ يُعَجِّلَ وَيَأْخُذَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ حَتَّىٰ يَحِلَّ وَيَأْخُذَ . وَٱلثَّانِي : أَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ . وَٱلثَّالِثُ : أَنَّهُ يَأْخُذُهُ بِسِلْعَةٍ تُسَاوِي ٱلثَّمَنَ ، وَٱلْأَوَّلُ أَصَحُّ . . . . . .

٤٥٠/ب أخذه بقيمة الدية يوم الصلح ، أو أجرة المثل / لمدَّة الإجارة ، أو متعة حال [الإمتاع][1]

وإن أقرضه . . أخذه بعد ملك المستقرِض بقيمته .

* * *

ويصدُقُ الدَّينُ بما ذُكِر بالحالِّ ، ويقابله قوله : (**وإن كان الثمن مؤجَّلاً . . ففيه أقوال ؛ أحدها**) وسيأتي أنه **الأظهر** : (**أنه**) أي : الشفيعَ (**يُخيَّر بين أن يعجل ويأخذ**) في الحال (**وبين أن يصبر حتىٰ يحلَّ**) الأجل (**ويأخذ**) بعد ذٰلك وإن حلَّ المؤجَّل بموت المأخوذ منه ، ولا يبطل حقُّه بالتأخير للعذر ، وليس على الشفيع إعلام المشتري بالطلب ، وما وقع في « أصل الروضة » من أن عليه ذٰلك[2] . . سبقُ قلمٍ .

(**والثاني : أنه يأخذه بثمنٍ مؤجَّلٍ**) تنزيلاً له منزلة المشتري ، (**والثالث : أنه يأخذه بسلعةٍ تساوي الثمن**) إلىٰ أجله .

(**والأول أصح**) وعبَّر في « المنهاج » **بالأظهر**[3] ؛ لأنَّ مطالبته بالمال في الحالِ إجحافٌ به ؛ لأنَّه أزيد ممَّا لزم المشتري ؛ فإن الأجل يقابله قسطٌ

(١) في الأصل : (الامتناع) ، والتصويب من هامش الأصل .
(٢) روضة الطالبين (٣/٧١٣) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥/٥٠٩) .
(٣) منهاج الطالبين (ص ٣٠٧) .

من الثمن ، وأخذه بثمنٍ مؤجَّلٍ إجحافٌ بالمشتري ؛ لاختلاف الذِّمم ، فتعيَّن التخيير المذكور .

* * *

ولو باعه المشتري في المدَّة . . أخذه الشفيع حينئذٍ بأيِّ الثمنَينِ شاء ، ويكون أخذه بالأوَّل فسخاً للعقد ، أو أخَّر الأخذ إلىٰ حلول الأجل وأخذ بالأوَّل ؛ لأن الثمن قد يكون في أحدهما أقلَّ أو من جنسٍ أسهل .

ولو اختار الصبر إلى الحلول ، ثم عَنَّ له أن يعجِّل الثمن ويأخذ . . قال في « المطلب » : (**فالذي يظهر** : أن له ذٰلك وجهاً واحداً)[1] ، قال الأذرعي وغيره : (**وهو ظاهرٌ** ؛ إذا لم يكن زمن نهبٍ يُخشَىٰ منه على الثمن المعجَّل الضياع)[2]

قال الماوردي : (ولو رضي المشتري بدفع الشقص وتأجيل الثمن إلىٰ محلِّه ، فأبى الشفيع إلا الصبر إلى المحلِّ . . بطلت شفعته **على الأصح**)[3]

* * *

ولو تعيَّبتِ الدار المُشترَىٰ بعضُها ، أو انهدمت بلا تلفِ شيءٍ منها . . أخذ بكلِّ الثمن أو ترك ؛ كتعييبها بيد البائع ، فإن وقع تلفٌ لبعضها . . أخذ الباقي بالحصَّة من الثمن .

ولو اشترىٰ شقصاً وسيفاً مثلاً صفقةً واحدةً . . أخذ الشفيع الشقص بمثل

---

(١) المطلب العالي (ق ١٢/٨٣) مخطوط .

(٢) التوسط والفتح (ق ٦/٨٤) مخطوط .

(٣) الحاوي الكبير (٣٨/٩) .

وَٱلشُّفْعَةُ عَلَى ٱلْفَوْرِ فِي قَوْلٍ ، وَإِلَىٰ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي قَوْلٍ ، وَعَلَى ٱلتَّأْبِيدِ فِي قَوْلٍ إِلَىٰ أَنْ يُصَرِّحَ بِٱلْإِسْقَاطِ ، أَوْ يُعَرِّضَ ؛ بِأَنْ يَقُولَ : (بِعْنِي) أَوْ : (بِكَمِ ٱشْتَرَيْتَ ؟) فِي قَوْلٍ . . . .

حصَّته من الثمن موزَّعاً عليهما باعتبار قيمتهما يوم البيع ؛ لأنه وقت المعاملة ، ولا خيار للمشتري وإن تفرَّقت صفقته ؛ لدخوله فيها عالماً بالحال ، بل ولو جهل الحال . . لا خيار له أيضاً ، والتعبير بالعلم جريٌ على الغالب .

[الفورية في الأخذ بالشفعة]

(**والشفعة**) أي : طلبها ؛ بأن يقول : (أنا طالبٌ للشفعة) ، أو نحو ذٰلك بعد علم الشفيع بالبيع (**على الفور في قولٍ**) وسيأتي أنه **الصحيح** وإن تأخَّر التملُّك ؛ لأنها حقٌّ ثبت لدفع الضرر ، فكان فورياً ؛ كالردِّ بالعيب .

(**وإلىٰ ثلاثة أيامٍ في قولٍ**) لأنها مدَّةٌ قريبةٌ ، (**وعلى التأبيد في قولٍ إلىٰ أن يصرِّح بالإسقاط**) كخيار القصاص .

نعم ؛ للمشتري رفع الممتنع للحاكم ليأخذ أو يترك **على الأصح** .

قال ابن الملقن : (ويقع في بعض النسخ « وإلىٰ » بالواو ، وهو وهمٌ ،
١٥١/أ وإلا . . لاقتضىٰ عموم التأبيد وإن صرَّح بالإسقاط ، ولا قائل به) انتهىٰ [(١)] / .

(**أو يعرض ؛ بأن يقول : بعني ، أو : بكم اشتريت ؟ في قولٍ**) لأنه يُفهم العفو ، فكان [كالتصريح] [(٢)] به .

---

(١) هادي النبيه (ق ١/ ١٥٠) مخطوط .

(٢) في الأصل : (التصريح) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/ ١٥٠) مخطوط .

وَٱلصَّحِيحُ : أَنَّهَا عَلَى ٱلْفَوْرِ . فَإِنْ طَلَبَ وَأَعْوَزَهُ ٱلثَّمَنُ . . بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ ، وَإِنْ أَخَّرَ ٱلطَّلَبَ . . بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ . . . .

(والصحيح : أنها على الفور) فليبادر الشفيع بعد علمه بالبيع على العادة في طلبها ؛ فما يُعَدُّ تقصيراً في الطلب . . تسقط به الشفعة ، وما لا . . فلا ، ولا يُكلَّف الإشهاد على الطلب إذا سار طالباً في الحال ، أو وكَّل في الطلب ؛ كما سيأتي[1] ، وفرق بينه وبين نظيره في الردِّ بالعيب : بأنَّ تسلُّط الشفيع على الأخذ بالشفعة أقوىٰ من تسلُّط المشتري على الردِّ بالعيب .

* * *

(فإن طلب وأعوزه الثمن . . [بطلت شفعته])[2] ؛ لأنَّ تأخير الثمن يضرُّ بالمشتري ، والضرر لا يُزَال بالضرر ، وصورة ذٰلك ـ كما قال الماوردي ـ : أن يبادر بالطلب ويقول : (أنظِروني بالثمن) فإن الحاكم يُنظِره مدَّةً أكثرُها ثلاثة أيامٍ ، فإن أحضره فيها . . استمرَّ حقُّه ، وإلا . . بطل تملُّكه[3]

وهل يبطل بمجرد مضي المدَّة أم لا بدَّ من فسخ القاضي التملُّك ؟ فيه خلافٌ ، والجمهور على الثاني ؛ وهو المعتمد وإن كان ظاهر كلام الشيخ الأوَّل .

* * *

(وإن أخَّر الطلب) بلا عذرٍ . . (بطلت شفعته) لتقصيره ، فإن أخَّره لعذرٍ ؛ كأن حضرت صلاةٌ ولو نافلةً ، أو حضر أكلٌ ، أو اشتغل بلبسٍ أو قضاءِ

---

(١) انظر ما سيأتي قريباً (٥/٢٤٣) .

(٢) في الأصل : (بطلب شفعة) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) الحاوي الكبير (٩/١٩) .

وَإِنْ قَالَ : (بِعْنِي) ، أَوْ : (كَمِ ٱلثَّمَنُ ؟) . . بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ . . . .

حاجةٍ ، أو كان في صلاةٍ أو حمَّامٍ أو ليلاً وشرع في ذٰلك أو أتمَّه ـ ولا يلزمه الاقتصار في الصلاة علىٰ أقل ما يجزئ ـ . . لم تبطل شفعته لعذره .

ولو أخَّر وادَّعى العذر بغيبةٍ أو حبسٍ أو مرضٍ ، وأنكر المشتري ذٰلك . . صُدِّق الشفيع بيمينه إن عُلِم ذٰلك العذر ، وإلَّا . . فالمُصدَّق المشتري ، أو الجهلَ[1] بثبوتها أو فوريتها : فإن كان ممَّن[2] يخفىٰ عليه ذٰلك . . صُدِّق ، وإلا . . فلا .

* * *

(**وإن قال : بعني ، أو : كم الثمن . . بطلت شفعته**) في الصورتين ؛ لأنه أعرض في الأولىٰ عن الشفعة إلى التملُّك بجهةٍ أخرىٰ ؛ وهو طلب البيع ، وفي الثانية كان يمكنه أن يقول عوض ذٰلك : (تملَّكتُ بالثمن الذي ابتعتَ به) ، فعدوله عن ذٰلك إعراضٌ ، وهٰذا وجهٌ في الثانية جرىٰ عليه الشيخ تبعاً للعراقيين .

والأصح : أنه فيها لم يكن مقصِّراً ؛ لأنه إن جهله . . فلا بدَّ من البحث عنه ؛ لأنه لا يجوز الأخذ بثمنٍ مجهولٍ ، وإلا . . فقد يريد تحصيل إقرار المشتري ؛ لئلا ينازعه فيه ، بخلاف ما لو قال له : (اشتريتَ رخيصاً) ، أو : (بعه) ، أو : (هبهُ منِّي أو من فلانٍ) . . فإن شفعته تبطل ؛ لأنه في الأولىٰ فضولٌ لا غرض فيه ، وفيما عداها رضاً منه بتقرير الشقص في يد المشتري .

---

(١) أي : أو ادَّعى الجهل . . . إلىٰ آخره .

(٢) في الأصل : (ممَّا ممن) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَإِنْ قَالَ : (صَالِحْنِي عَنِ ٱلشُّفْعَةِ عَلَىٰ مَالٍ) ، أَوْ أَخَذَ ٱلشِّقْصَ بِعِوَضٍ مُسْتَحَقٍّ . . فَقَدْ قِيلَ : تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ ، وَقِيلَ : لَا تَبْطُلُ . . . .

(**وإن**) صالحه عن الشفعة علىٰ مالٍ . . لم يصح الصلح ؛ لأن الشفعة لا تُقابَل بعوضٍ ، فلو (**قال : صالحني عن الشفعة علىٰ مالٍ**) وهو جاهلٌ بفساد الصلح ، (**أو أخذ الشقص بعوضٍ مستحَقٍّ**) وهو عالمٌ بكونه مستحَقّاً . . (**فقد قيل : تبطل شفعته**) في الصورتين لتقصيره ، لفساد الصلح في الأولىٰ ، وتنزيلاً لدفع المستحَقِّ مع العلم به منزلة الترك للشفعة [في الثانية] .

(**وقيل**) وهو **الأصح** / فيهما : إن شفعته (**لا تبطل**) لأنه في الأولىٰ معذورٌ ، وفي الثانية لم يقصِّر في الطلب والأخذ ، فإن كان عالماً في الأولىٰ بفساد الصلح . . بطلت شفعته قطعاً لتقصيره ، وإن كان جاهلاً في الثانية بكونه مستحَقّاً . . لم تبطل شفعته قطعاً ؛ لعدم [تقصيره] (١) ، وسواء أخذ بمعيَّنٍ في حال العلم والجهل أم لا ، فإن كان معيَّناً في العقد . . احتاج تملُّكاً جديداً ، وكخروجه مستحَقّاً : خروجُه نحاساً (٢) .

ولو صالحه عن الشفعة في الكلِّ علىٰ أخذ البعض . . بطل الصلح ؛ لِمَا مرَّ ، وكذا الشفعة إن علم ببطلانه ، وإلا . . فلا ؛ كما تقدَّم .

* * *

---

(١) في الأصل : (لتقصيره) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٢) أي : خروج النقد نحاساً مثل خروجه مستحَقاً ؛ كما لو قال : (اشتريت بهٰذه الفضة) مثلاً ، فبان الثمن نحاساً .

وَإِنْ بَلَغَهُ ٱلْخَبَرُ وَهُوَ مَرِيضٌ أَوْ مَحْبُوسٌ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى ٱلتَّوْكِيلِ . . فَهُوَ عَلَىٰ شُفْعَتِهِ ، أَوْ غَائِبٌ ، فَسَارَ فِي طَلَبِهِ وَأَشْهَدَ . . فَهُوَ عَلَىٰ شُفْعَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُشْهِدْ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ أَنْ يَسِيرَ ، وَلَا أَنْ يُوَكِّلَ . . . .

(**وإن بلغه الخبر وهو مريضٌ**) مرضاً يمنع من الطلب ـ لا كصداعٍ يسيرٍ ـ أو خائفٌ من عدوٍّ (**أو محبوسٌ**) غير مقصِّرٍ (**ولم يقدر على التوكيل**) ولا على الإشهاد على الطلب عند العجز عن التوكيل . . (**فهو علىٰ شفعته**) لعدم تقصيره ، فإن ترك المقدور عليه من التوكيل والإشهاد . . بطل حقُّه لتقصيره[1] ، (**أو غائبٌ**) عن بلد المشتري (**فسار في طلبه**) في الحال (**وأشهد**) علىٰ طلب الشفعة . . (**فهو علىٰ شفعته**) لعدم تقصيره .

(**وإن لم يُشهِد**) علىٰ طلبها . . (**ففيه قولان**) **أصحُّهما** : أنها لا تبطل ، وكذا لو لم يَسِر ولم يُشهِد ووكَّل عقب الخبر فسار الوكيل ؛ لعدم تقصيره .

والثاني ـ وجرىٰ عليه النووي في « تصحيحه » ـ : أنها تبطل[2] ؛ لأن السير كما يحتمل أنه للطلب . . يحتمل أنه لغيره .

* *

(**وإن لم يقدر علىٰ أن يسير**) لخوفٍ أو عدم نفقةٍ أو نحو ذٰلك (**ولا أن يوكِّل**) . . رفع الأمر إلى القاضي ، ولا يغنيه الإشهاد عن الرفع إليه ، وله الرفع

---

(١) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٩٦) : (لتقصيره في الأولىٰ ، ولإشعار السكوت مع التمكن من الإشهاد بالرضا في الثانية) .

(٢) تصحيح التنبيه (١/٣٦٢) .

فَهُوَ عَلَىٰ شُفْعَتِهِ . وَإِنْ أَخَّرَ وَقَالَ : (أَخَّرْتُ لِأَنِّي لَمْ أُصَدِّقِ ٱلْمُخْبِرَ) : فَإِنْ كَانَ ٱلْمُخْبِرُ صَبِيّاً أَوِ ٱمْرَأَةً أَوْ عَبْداً . . لَمْ تَبْطُلْ شُفْعَتُهُ . . . .

إليه والأخذ بها مع حضور المشتري أيضاً[1] ؛ كنظيره في الردِّ بالعيب ، فإن لم يقدر على الرفع إليه . . أشهد على الطلب ، فإن لم يقدر عليه . . (**فهو علىٰ شفعته**) لِمَا تقدَّم .

* * *

وحيث لزمه الإشهاد . . فليشهد رجلَين ، أو رجلاً وامرأتَين ، فإن أشهد رجلاً ليحلف معه . . قال ابن الرفعة نقلاً عن الروياني : (لم يكفِ ؛ لأن بعض القضاة لا يحكم بذٰلك) ، ثم قال : (ولا يبعد الاكتفاء به)[2]

قال الزركشي : (وهو الأقرب ، وجزم به ابن كَجٍّ في « التجريد ») انتهىٰ[3] ، **وهٰذا هو الظاهر**[4]

* * *

(**وإن أخَّر**) بلا عذرٍ (**وقال : أخَّرت لأني لم أُصدِّق المخبر**) ببيع الشريك (**فإن كان المخبر صبيّاً**) ولو مميزاً (**أو امرأةً**) فاسقةً (**أو عبداً**) فاسقاً أو مغفَّلاً أو كافراً أو حرّاً فاسقاً . . (**لم تبطل شفعته**) إلا أن يصدِّقه ، فتبطل شفعته ؛ لأن ما يتعلَّق بالمعاملات يستوي فيه خبر الفاسق وغيره إذا وقع

(١) في الأصل : (مع حضور المشتري أيضاً مع حضور المشتري أيضاً) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٢) المطلب العالي (ق ١٢/١٥١) مخطوط ، بحر المذهب (٩/١١٢ ـ ١١٣) .

(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٧٧) .

(٤) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة في الروضة الشريفة) .

وَإِنْ كَانَ حُرّاً عَدْلاً . . فَقَدْ قِيلَ : هُوَ عَلَىٰ شُفْعَتِهِ ، وَقِيلَ : تَبْطُلُ شُفْعَتُهُ .

في النفس صِدْقه ، [قاله][1] الماوردي[2] ، ولا يُعذَر إن [أخبره][3] عددٌ لا يحتمل تواطؤهم على الكذب ولو فسَّاقاً ؛ كما في « أصل الروضة »[4] ، أو كفَّاراً ؛ كما في « التتمة »[5] .

(وإن كان) المخبر (حرّاً عدلاً) أو ثقةً من عبدٍ أو امرأةٍ . . (فقد قيل : هو علىٰ شفعته) لأنَّ الحُجَّة لا تقوم بواحدٍ .

(وقيل) وهو الأصح : (تبطل شفعته) لأن خبر الثقة مقبولٌ .

1/452 وتبطل قطعاً إذا أخبره رجلان عدلان ، أو رجلٌ وامرأتان ؛/ لأنَّ شهادتهما مقبولةٌ ، فلو [قال] : (جهلت ثبوت العدالة) وكان مثله يجوز أن يخفىٰ عليه . . قال ابن الرفعة : (لم يبعد قَبول قوله ؛ لأن رواية المجهول لا تُسمَع)[6] .

قال الدارمي : (ولو قال : أخبرني رجلان وليسا عدلَين عندي ، وهما عدلان . . لم تبطل شفعته ؛ لأن قوله محتملٌ)[7] .

❊ ❊ ❊

---

(١) في الأصل : (قال) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٧٨) .
(٢) الحاوي الكبير (٩/٢٥) .
(٣) في الأصل : (أخره) ، والتصويب من سياق عبارة « روضة الطالبين » ، و« الشرح الكبير » .
(٤) روضة الطالبين (٣/٧٣٢) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥/٥٤١) .
(٥) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/١٠٣) مخطوط .
(٦) المطلب العالي (ق ١٢/١٥١) مخطوط .
(٧) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٧٨) .

وَإِنْ دَلَّ فِي ٱلْبَيْعِ ، أَوْ ضَمِنَ ٱلثَّمَنَ ، أَوْ قَالَ : (ٱشْتَرِ فَلَا أُطَالِبَكَ) . . لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ ، وَإِنْ تَوَكَّلَ فِي شِرَائِهِ . . لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ ، وَإِنْ تَوَكَّلَ فِي بَيْعِهِ . . سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ، وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ . . . .

(**وإن دلَّ**) أي : صار دلّالاً (**في البيع**) للشقص (**أو ضمن الثمن**) في مدَّة الخيار إذا كان للمشتري ، (**أو قال : اشترِ فلا أطالبك**) بالشفعة . . (**لم تسقط شفعته**) أما في الأوليَين . . فلأنه سعىٰ في تحصيل سبب الشفعة ، فلا يكون مانعاً منها ، وأما في الأخيرة . . فلأنه أسقط حقَّه قبل ثبوته .

(**وإن توكَّل في شرائه**) أي : الشقصِ . . (**لم تسقط شفعته**) لِمَا مرَّ ، **وقيل** : تسقط ؛ لأنه رضي له بالملك ، فألزم مقتضاه .

(**وإن توكَّل**) أي : [وكَّله][1] شريكه (**في بيعه . . سقطت شفعته**) في قولٍ ؛ لأن التهمة تلحقه في تخفيف الثمن ليأخذ به .

(**وقيل**) وهو الأصح : (**لا تسقط**) لِمَا تقدَّم .

* * *

ولو بدأ الشفيع المشتري بالسَّلام ، أو دعا له ابتداءً بالبركة في الصفقة ؛ نحو : (بارك الله لك في صفقتك) . . لم تبطل شفعته ؛ لأن السَّلام قبل الكلام سنةٌ ، وقد يدعو له ؛ ليأخذ صفقته مباركةً .

وكذا لو أخَّر الطلب لانتظار إدراك الزرع وحصاده ؛ إذ لا نفع قبله ، أو لخلاص الشقص المبيع إذا كان مغصوباً ؛ كما نصَّ عليه في « البويطي »[2] ، أو أخَّر

---

(١) في الأصل : (وكل) ، والتصويب من « حاشية القليوبي علىٰ كنز الراغبين » (٣/٤٣) .
(٢) مختصر البويطي (ص ٧٣٨) .

وَإِنْ بَاعَ حِصَّتَهُ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ بِٱلشُّفْعَةِ ثُمَّ عَلِمَ . . فَقَدْ قِيلَ : تَسْقُطُ ، وَقِيلَ : لَا تَسْقُطُ . وَإِنْ أَظْهَرَ لَهُ شِرَاءَ جُزْءٍ يَسِيرٍ أَوْ جُزْءٍ كَبِيرٍ بِثَمَنٍ كَثِيرٍ ،

ليعرف الثمن ؛ كما قاله الروياني ؛ لأن له غرضاً في أن يعرف ما فيه الحظُّ لهُ (١) .

* * *

(**وإن باع حصَّته**) أو وهبها مثلاً (**قبل أن يعلم بالشفعة ، ثم علم . . فقد قيل**) وهو الأصح : (**تسقط**) لزوال سببها وهو الشركة .

(**وقيل : لا تسقط**) لوجود سببها عند البيع ، فلو كان عالماً بها . . سقطت قطعاً ، فإن باع [بعض] حصَّته ؛ فإن كان عالماً . . بطل حقُّه ؛ لسقوطها في البعضِ بالبيع ، فسقطت في الكل ؛ كما لو عفا عن البعضِ ، أو جاهلاً . . فلا ؛ لعذره مع بقاء الشركة .

ولو باع حصته بشرط الخيار وفسخ العقد ، ثم علم . . فله الشفعة ؛ كما قاله في « المرشد » (٢) ، وينبغي أن يكون محلُّه : إذا كان الخيار لغير المشتري ، أما إذا كان للمشتري وحده . . فلا شفعة له ؛ لخروج الشقص عن ملكه .

* * *

(**وإن أظهر له شراء جزءٍ يسيرٍ**) كأن قال له : (اشتريت ربع الحصَّة) ، فبان نصفَها ، أو عكسه ؛ كأن قال : (اشتريت كل الحصَّة) فبان نصفَها ، (**أو جزءٍ كبيرٍ بثمنٍ كثيرٍ**) كأن قال : (إنه بألفٍ) فبان بخمس مئةٍ ، أو كذب

---

(١) بحر المذهب (٩/١١٦) .

(٢) انظر « كفاية النبيه » (١١/٥١) .

فَتَرَكَ ٱلطَّلَبَ ثُمَّ بَانَ خِلَافُهُ . . فَهُوَ عَلَىٰ شُفْعَتِهِ . وَلَا يُؤْخَذُ ٱلشِّقْصُ إِلَّا مِنْ يَدِ ٱلْمُشْتَرِي ، وَعُهْدَتُهُ عَلَيْهِ ؛ . . . .

عليه المخبر في جنس الثمن ؛ كأن قال : (إنه دراهم) فبان دنانير ، أو في نوعه ؛ كأن قال : (إنه سابوري) فبان هروياً ، أو في حلوله ؛ كأن قال : (إنه حالٌّ) فبان مؤجَّلاً ، أو : (في أن المشتري زيد) فبان عمراً ، أو قال : (اشتريته لنفسي) فبان وكيلاً ، أو : (إن المشتري اثنان) فبان واحداً ، أو : (اشتراهُ واحدٌ) فبان اثنين ، أو في قدر الأجل ؛ كأن قال : (باع بمؤجَّلٍ إلىٰ شهر) فبان إلىٰ شهرين ، ([**فترك الطلب**] **ثم بان خلافه**) كما تقرَّر . . (**فهو علىٰ شفعته**) لاختلاف الغرض بذٰلك[1] ، بخلاف ما لو قال : (اشتريته/ بخمس مئة) فبان بألف ، أو : (بمؤجلٍ) فبان بحالٍّ ، أو بأنه باع كل الحصة بألفٍ فبان أنه باع بعضها به . . فإن شفعته تبطل ؛ لأنه في الأولىٰ إذا لم يرغب في الشراء بخمس مئةٍ . . لا يرغب بألفٍ ، وفي الثانية متمكِّن من التعجيل [إن كان يقصده] ، كذا وجَّه به الرافعي[2] ، وفي الثالثة إذا لم يرغب في كلِّه بألف . . ففي بعضه أَولىٰ . ٤٥٢/ب

* * *

(**ولا يُؤخَذ الشقص**) أي : لا يأخذه الشفيع (**إلا من يد المشتري**) أو من يقوم مقامه ، وله أيضاً الأخذ من البائع ؛ كما رجَّحه ابن المقري[3] ، (**وعهدته عليه**) أي : المشتري إذا خرج الشقص مستحَقّاً ؛ لانتقال الملك إلى الشفيع

(١) في هامش الأصل : (بلغ) .

(٢) الشرح الكبير (٥/٥٤٢) .

(٣) روض الطالب (١/٤١١) .

فَإِنِ ٱمْتَنَعَ مِنْ قَبْضِهِ . . أُجْبِرَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ يُؤْخَذُ مِنْهُ . وَلَا يَأْخُذُ بَعْضَ ٱلشِّقْصِ ، وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ . . جَازَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ أَحَدَهُمَا ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَإِنْ هَلَكَ بَعْضُ ٱلشِّقْصِ بِغَرَقٍ . . أَخَذَ ٱلْبَاقِيَ . . . .

منه ؛ سواء أخذه منه أم من البائع ، (**فإن امتنع**) المشتري (**من قبضه**) أي : الشقصِ من البائع . . (**أُجبِر عليه**) ليصل الشفيع إلىٰ حقِّه ، (**ثم يُؤخَذ منه**) ، فإن كان المشتري غائباً . . نصَّب الحاكم من ينوب عنه في ذٰلك .

[حكم أخذ الشفيع بعض الشقص]

(**ولا يأخذ**) الشفيع (**بعض الشقص**) سواء أبذل فيه جميع الثمن أم ما يقابله ؛ للمنَّة في الأولىٰ ، وضرر تفريق الصفقة في الثانية .

(**وإن اشترىٰ شقصين من أرضين في عقدٍ واحدٍ . . جاز للشفيع أن يأخذ أحدهما**) لأنه قد يكون له في ذٰلك غرضٌ ، ولا خيار للمشتري ؛ إذ لا ضرر عليه ؛ لعدم تبعيض الشقص الباقي .

(**وقيل : لا يجوز**) لأنه بعض[1] ما وجب له ، فأشبه بعض الشقص .

ومحلُّ الخلاف : فيما إذا كان الشفيع شريكاً في الشِّقْصَين ، فإن كان شريكاً في أحدهما . . أخذ ما هو شريكٌ فيه وحده قطعاً .

* *

(**وإن هلك بعض الشقص بغرقٍ**) أو غيره كهدمٍ . . (**أخذ الباقي**) لأنه

(١) في « هادي النبيه » (ق ١/١٥٢) مخطوط : (لأنه نقص) .

بِحِصَّتِهِ مِنَ ٱلثَّمَنِ . وَإِنْ كَانَ فِي ٱلشِّقْصِ نَخْلٌ فَأَثْمَرَتْ فِي مِلْكِ ٱلْمُشْتَرِي وَلَمْ تُؤَبَّرْ . . أَخَذَ ٱلثَّمَرَةَ مَعَ ٱلْأَصْلِ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ دُونَ ٱلْآخَرِ . وَإِنْ كَانَ لِلشِّقْصِ شَفِيعَانِ . . أَخَذَا عَلَىٰ قَدْرِ ٱلنَّصِيبَيْنِ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ . . . . . .

بعض ما تناوله العقد (**بحصَّته من الثمن**) فيُقَوَّم الجميع حال العقد ، فإذا قيل : مئة . . قُوِّم الباقي ، فإذا قيل : تسعون . . أخذه بتسعة أعشار الثمن .

* * *

(**وإن كان في الشقص نخلٌ فأثمرت**) أي : طلعت (**في ملك المشتري ولم تُؤبَّر . . أخذ الثمرة مع الأصل في أحد القولين**) **وهو الأصح** ؛ كما يأخذها في البيع (**دون الآخر**) لأنَّه إنَّما يأخذ ما ملكه المشتري من جهة البائع بالثمن ، والثمرة ليست كذٰلك ، أما إذا أُبِّرت عنده . . فلا يأخذها ؛ لانتفاء التبعية ، وهٰذه المسألة غير [التي] (١) ذكرها الشيخ أول الباب (٢) ؛ لأن تلك إذا [أطلعت] (٣) حالَ الشراء ، وهٰذه بعده ، فتنبَّه لذٰلك .

[حكم ما لو كان للشقص شفيعان أو أكثر]

(**وإن كان للشقص شفيعان**) فأكثر . . (**أخذا**) أو أخذوا (**علىٰ قدر النصيبَينِ**) أو الأنصباء (**في أحد القولين**) **وهو الأظهر** الذي صحَّحه الشيخان ككثيرٍ (٤) ؛ لأن الشفعة من مرافق الملك فتتقدَّر بقدره ؛ ككسب

---

(١) في الأصل : (الذي) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/١٥٢) مخطوط .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٢٣١) .

(٣) في الأصل : (طلعت) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/١٥٢) مخطوط .

(٤) الشرح الكبير (٥/٥٢٧) ، روضة الطالبين (٣/٧٢٣) .

وَعَلَىٰ عَدَدِ ٱلرُّؤُوسِ فِي ٱلْقَوْلِ ٱلْآخَرِ ، وَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا ، أَوْ غَابَ . . أَخَذَ ٱلْآخَرُ جَمِيعَ ٱلْمَبِيعِ أَوْ يَتْرُكُ . . . .

المشترك ونِتاجه وثماره ، فلو كانت دارٌ بين ثلاثةٍ ؛ لواحدٍ نصفُها ، ولآخر ثلثُها ، ولآخر سدسُها ، فباع الأول حصَّته . . أخذ الثاني سهمين ، والثالث سهماً .

(**وعلىٰ عدد الرؤوس في القول الآخر**) فيقسم النصف في المثال المذكور بين الشريكين سواء ؛ لأن سبب ثبوتها أصل الشركة [1] ، وهما في ذٰلك سواء ؛ كأجرة كتابة / الصك ، واختاره جمعٌ من المتأخرين ، وقال الإسنوي : (إن الأول خلاف مذهب الشافعي) [2]

١٥٣/أ

❊ ❊

(**وإن عفا أحدهما**) أي : الشفيعين (**أو غاب . . أخذ الآخر جميع المبيع أو يترك**) أما في الأُولىٰ . . فلأن العافي سقط حقُّه بعفوه ؛ قياساً علىٰ سائر الحقوق الماليَّة ، فيخير الآخر بين أخذ الجميع وتركه ؛ لأن حقَّ الشفعة ثبت لكلِّ واحدٍ في جميع الشقص على الاستقلال ؛ لوجود مقتضيه وهو الشركة ، وإنَّما قُسم عند التزاحم ؛ لعدم الترجيح ، فإذا أسقط أحدهما حقَّه . . زالت الزحمة بالنسبة إليه ، فخيَّرناه كالمنفرد ، وليس له الاقتصار علىٰ حصَّته ؛ لئلا تتبعَّض الصفقة على المشتري ، وأما في الثانية ؛ فلأنه لو اقتصر علىٰ قدر حصَّته . . قد لا يأخذ الغائب لو حضر ، فتتبعَّض الصفقة على المشتري

---

(١) في « أسنى المطالب » (٢/٣٧٤) : (اسم الشركة) .

(٢) المهمات (٦/٨٩) .

فَإِنْ قَدِمَ ٱلْغَائِبُ . . ٱنْتَزَعَ مِنْهُ مَا يَخُصُّهُ . . . .

فيتضرَّر ، فخُيِّر بين أخذِ الجميع وتركه ، وله تأخير الأخذ إلىٰ قدوم الغائب ؛ لعذره في ألَّا يأخذ ما يُؤخَذ منه .

* * *

(فإن) أخذ الجميع ثم (**قدم الغائب . . انتزع منه ما يخصُّه**) لأنه مستحِقُّهُ ، وما استوفاه الحاضر من المنافع وحصل له من الثمرة والأجرة . . لا يزاحمه فيه الغائب ؛ كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيه ، فلو استحقَّها ثلاثةٌ ؛ كأن كانت دارٌ بين أربعةٍ بالسواء ، وباع أحدهم نصيبه ، فحضر أحدهم . . أخذ الكل في الحال ، وله تأخير الأخذ لحضورهما أو تركهُ ، وليس له أخذ حصَّته فقط ؛ لِمَا مرَّ ، فإن أخذ الكلَّ ثم حضر الثاني . . ناصفه ، فإن حضر الثالث . . أخذ من كلٍّ منهما ثلث ما في يده إن شاء ، فإن ردَّ الأولُ ما أخذه بعيبٍ ثم حضر الثاني . . فللثاني أخذ الكل .

* * *

ولو خرج الشقص مستحَقّاً بعدما ذُكِر . . رجع الأول على المشتري ، والثاني على الأول ، والثالث على الأول والثاني ، كلٌّ منهم يرجع بما دفع إلى المرجوع عليه ، فإن حضر الثالث وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما فقط . . جاز ؛ كأخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين .

ولو كان الثاني أخذ من الأوَّل الثلث فقط ، ثم حضر الثالث . . كان له أن يأخذ من الأوَّل نصف ما بقي له ، ولا يتعرَّض للثاني ، وله أن يأخذ من الثاني ثلث ما أخذه ؛ فإنه يقول : (ما من جزءٍ إلا ولي منه ثلثه) ، ثم له أن يضمه إلىٰ ما مع الأول ويقتسماه نصفين ، فتصح قسمة الشقص من ثمانيةَ عشرَ ؛ فإنه

وَإِنْ كَانَ ٱلْبَائِعُ أَوِ ٱلْمُشْتَرِي ٱثْنَيْنِ . . فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا دُونَ ٱلْآخَرِ . . . .

يأخذ ثلث الثلث وهو واحدٌ من تسعةٍ ، يضمُّه إلىٰ ستةٍ منها ، فلا تصح على اثنين ، فتضرب اثنين في تسعةٍ ، فللثاني منها اثنان في المضروب فيها بأربعةٍ ، يبقىٰ أربعةَ عشرَ بين الأول والثالث ، لكلٍّ منهما [سبعةٌ][1]

وإذا كان ربع الدار ثمانيةَ عشرَ . . فإن المبيع المأخوذ ربع الدار ، فجملتها اثنان وسبعون .

* * *

ولو حضر اثنان فأخذا الشقص واقتسما مع الحاكم ، ثم قدم الغائب ؛ فإن عفا . . استمرَّت القسمة ،/ وإلا . . فله الأخذ وإبطال القسمة ، وليس للشريك الثاني مزاحمة الأوَّل فيما وصل إليه من المنافع ، ولا للثالث مزاحمته ولا مزاحمة الثاني . ٤٥٣/ب

* *

ولو استحقَّها اثنان ؛ حاضرٌ وغائبٌ ، فعفا الحاضر ومات الغائب ، فورثه الحاضر . . جاز له أخذُ الكل بالشفعة وإن عفا أولاً ؛ لأنه الآن يأخذ بحقِّ الإرث[2]

[حكم ما لو تعدد البائع أو المشتري]

(**وإن كان البائع أو المشتري اثنين . . فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر**) لتعدُّد الصفقة ، وإنَّما منعنا التبعيض ؛ لتفريقها على المشتري .

---

(١) في الأصل : (تسعة) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/ ٣٩٤) .

(٢) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالروضة الشريفة بالمسجد الحرام النبوي) .

وَإِنْ كَانَ ٱلْمُشْتَرِي شَرِيكاً . . فَٱلشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ٱلشَّرِيكِ ٱلْآخَرِ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ . . . .

ولو اشترى اثنان من اثنين . . جاز للشفيع أخذ ربعه أو نصفه أو ثلاثة أرباعه أو كله ؛ لِمَا مرَّ .

والاعتبار في التعدُّد وعدمه بالمالك لا بالوكيل ، فلو وكَّل واحدٌ اثنين في بيع حصَّته . . لم يأخذ الشفيع نصفها ، بل يأخذ الكلَّ أو يتركه ؛ لِمَا قلناه .

ولو وكَّل اثنان واحداً . . كان للشفيع أخذ نصيب أحدهما .

❊ ❊ ❊

(**وإن كان المشتري شريكاً**) كأن تكون الدار مثلاً لثلاثةٍ أثلاثاً ، فاشترىٰ أحدهم نصيب آخر . . (**فالشفعة بينه وبين الشريك الآخر علىٰ ظاهر المذهب**) فيأخذ الثالث السدس فقط ؛ لاستوائهما في الشركة ، فلو قال له المشتري : (خذ الكل أو اتركه ، وقد أسقطت حقِّي لك) . . لم تلزمه الإجابة ، ولم يسقط حقُّ المشتري من الشفعة ، **وقيل** : للثالث أخذ الجميع ، وبه قال ابن سريج ؛ لأن الإنسان لا يستحقُّ أخذ الشفعة من نفسه[1] ، **ورُدَّ** : بأنَّا لا نقول : إنه يأخذ الشفعة من نفسه ، وإنَّما يدفع الشريك عن الأخذ عن نفسه .

❊ ❊ ❊

(١) انظر « بحر المذهب » (٩/١٧٧) ، وفي « الحاوي الكبير » (٩/٩٢) : (وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج ، ووجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه وموافقاً لأصحابه) .

وَإِنْ وَرِثَ رَجُلَانِ دَاراً عَنْ أَبِيهِمَا ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَخَلَّفَ ٱبْنَيْنِ ، ثُمَّ بَاعَ أَحَدُ هَـٰذَيْنِ ٱلِٱبْنَيْنِ نَصِيبَهُ . . كَانَتِ ٱلشُّفْعَةُ بَيْنَ ٱلْأَخِ وَٱلْعَمِّ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَلِلْأَخِ دُونَ ٱلْعَمِّ فِي ٱلْقَوْلِ ٱلْآخَرِ . . . .

وتثبت الشفعة علىٰ قدر الحصص أيضاً إن ورثوها ؛ لأن الوارث خليفة مورِّثه ، وقد شرع الشيخ في بيان ذٰلك فقال : **(وإن ورث رجلان داراً عن أبيهما ، ثم مات أحدهما وخلف [ابنين]** [١] ، **ثم باع أحد هـٰذين الابنين نصيبه . . كانت الشفعة بين الأخ والعم)** أثلاثاً ، لا للأخ فقط **(في أصح القولين)** لاشتراكهما في الملك ، والنظر في الشفعة إلىٰ ملك الشريك ، لا إلىٰ سبب ملكه ؛ لأن الضرر المحوج إلىٰ إثباتها لا يختلف ، فيأخذ العمُّ ثلثين ؛ لأن حصَّته النصف ، والأخُ الثلثَ ؛ لأن حصَّته الربع ، فنسبة ما يستحقُّه العم إلىٰ مجموع الحصَّتين ثلثان **(وللأخ دون العم في القول الآخر)** لاشتراك الأخوين في سبب الملك ، وذٰلك دليلٌ علىٰ قوته ، وكذا الحكم في كل شريكين ملكا بسببٍ ، وغيرهما من الشركاء ملك بسببٍ آخر ، فباع أحدهما نصيبه ؛ **مثاله** : بينهما دارٌ ، فباع أحدهما نصيبه أو وهبه لرجلَينِ ، ثم باع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين الأول والثاني ؛ لِمَا مرَّ .

ولو مات شخصٌ عن بنتَينِ وأختَينِ ، وخلَّف داراً ، فباعت إحداهنَّ نصيبها ، شفع الباقيات ، لا أختها فقط [٢]

---

(١) في الأصل : (اثنين) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) في هامش الأصل : (بلغ) .

وَإِنْ تَصَرَّفَ ٱلْمُشْتَرِي فِي ٱلشِّقْصِ بِٱلْغِرَاسِ وَٱلْبِنَاءِ . . فَٱلشَّفِيعُ مُخَيَّرٌ ؛ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ ذَٰلِكَ بِقِيمَتِهِ ، وَبَيْنَ أَنْ يَقْلَعَ وَيَضْمَنَ أَرْشَ مَا نَقَصَ . . . .

[حكم تصرُّف المشتري في الشقص قبل الأخذ بالشفعة]

(**وإن تصرَّف المشتري في الشقص**) المشفوع قبل القسمة (**بالغراس والبناء**) أو الزرع ، ثم علم الشفيع بذٰلك . . قلعه/ مجاناً ، لا بحقِّ الشفعة ، 1/454
بل لعدوان المشتري علىٰ شريكه ، بخلاف ما لو فعل ذٰلك بعد القسمة ثم أخذ الشفيع بالشفعة . . فلا يقلع مجاناً ؛ لأنه بنىٰ في ملكه الذي ينفذ تصرُّفه فيه .

* * *

ويُتصوَّر ثبوت الشفعة بعد القسمة ـ مع أنها تتضمَّن غالباً رضا الشفيع بتملُّك المشتري ـ بأن أظهر المشتري أنه هبةٌ ، أو أنه اشتراه بثمنٍ كثيرٍ ، أو ظنَّه الشفيع وكيلاً للبائع فيها ، أو سأل المشتري القسمة من الحاكم في غيبة الشفيع ، وللحاكم إجابته لذٰلك ولو علم بالشفعة ، [وساغ][1] الأخذ بها وإن صار الشريكان بالقسمة جارَينِ ؛ لأن الجوار إنَّما يمنع في الابتداء .

ولبناء المشتري وغراسه حكم بناء المستعير وغراسه ، (**فالشفيع مخيَّرٌ بين أن يأخذ ذٰلك**) أي : البناء والغراس (**بقيمته ، وبين أن يقلع ويضمن أرش ما نقص**) وبين أن يبقيه بالأجرة علىٰ ما تقدَّم في (العارية)[2] .

وإنَّما يتخيَّر الشفيع [إذا][3] لم يختر المشتري قلع البناء والغراس ، فإن

(١) في الأصل : (وشاع) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٧٢) .
(٢) انظر ما تقدم (٥/١٤٤ ـ ١٤٥) .
(٣) في الأصل : (إذ) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/١٥٢) مخطوط .

وَإِنْ وَهَبَ ، أَوْ وَقَفَ . . فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ . وَإِنْ بَاعَ . . فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ . . . .

اختار . . فله ذٰلك ، ولا يُكلَّف تسوية الأرض ؛ لأنه كان متصرِّفاً في ملكه ، فإن حدث في الأرض نقصٌ . . فيأخذه الشفيع علىٰ صفته أو يترك ، ويبقىٰ زرعه إلىٰ أوان الحصاد إن زرع بلا أجرةٍ ؛ لأنه زرع ملك نفسه ، بخلاف المستعير .

وللشفيع تأخير الأخذ بالشفعة إلىٰ أوان الحصاد ؛ لأنه لا يُنتفَع به قبل ، ويخرج الثمن عن يده ، وهل يجوز التأخير إلىٰ أوان جداد الثمرة فيما لو كان في الشقص شجرٌ عليه ثمرةٌ لا تُستحَقُّ بالشفعة أم لا ؟ **وجهان** ؛ **أوجهُهما** : لا **والفرق** : أن الثمرة لا تمنع من الانتفاع بالمأخوذ ، بخلاف الزرع .

*

(**وإن وهب**) المشتري الشقص هبةً لا ثواب فيها (**أو وقف**) ه أو أجَّره . . (**فله**) أي : الشفيع (**أن يفسخ**) بناءً علىٰ صحَّة تصرُّفات المشتري قبل الأخذ بالشفعة ، وهو **الأصح** ، (**ويأخذ**) الشقص ؛ لسبق حقِّه ، فلا يبطل بتصرُّف المشتري ، بخلاف حقِّ فسخ البائع بالفلس ؛ فإنه يبطل بتصرُّف المشتري ، وحقِّ رجوع المطلِّق قبل الدخول إلىٰ نصف الصداق ؛ فإنه يبطل بتصرُّف المرأة فيه ؛ لأنهما لا يبطلان بالكلية ، بل ينتقلان إلى البدل ، ولا كذٰلك حقُّ الشفيع .

* *

(**وإن باع**) أو أصدق الشقص . . (**فله**) أي : الشفيع (**أن يفسخ**) البيع الثاني (**ويأخذ**) من المشتري الأوَّل بما اشتراه ؛ لِمَا مرَّ[1] ، (**وله أن يأخذ**

---

(١) أي : من أن حقَّه سابق . « هادي النبيه » (ق ١/١٥٢) مخطوط .

مِنَ ٱلْمُشْتَرِي ٱلثَّانِي بِمَا ٱشْتَرَىٰ . وَإِنْ قَايَلَ ٱلْبَائِعُ . . فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ . فَإِنْ رَدَّ عَلَيْهِ بِٱلْعَيْبِ . . فَقَدْ قِيلَ : لَهُ أَنْ يَفْسَخَ وَيَأْخُذَ ، وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ . . . .

من المشتري الثاني بما اشترىٰ) لوجود سبب الأخذ منه ؛ وهو الشراء ، وإنَّما خُيِّر لأن الثمن قد يكون في أحدهما أقل ، أو من جنسٍ هو عليه أسهل ، والأخذ بالشفعة فسخٌ وإن لم يتقدَّمه فسخٌ[1] ؛ كما استنبطه في « المطلب » من كلامهم[2] ، وإن اقتضىٰ كلام « أصل الروضة » خلافه[3] ، وهـٰذا بخلاف تصرُّف الأب فيما وهبه لولده ؛ لأن الأب هو الواهب ، فلا بدَّ أن يرجع عن تصرُّفه ، بخلاف الشفيع /. ٤٥٤/ب

* * *

(**وإن قايل البائعُ**) فاعل (قايل) . . (**فله أن يفسخ ويأخذ**) بالشفعة ؛ لِمَا مرَّ أن حقَّه سابقٌ ، (**فإن ردَّ عليه بالعيب . . فقد قيل**) وهو الأصح : (**له أن يفسخ ويأخذ**) لِمَا تقدَّم[4]

(**وقيل : ليس له**) لأن ضررَ الشفيع لا يزال بضرر غيره .

* * *

(١) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٣٩١) : (وليس المراد بالنقض : الفسخ ثم الأخذ بالشفعة ، بل الأخذ بها وإن لم يتقدمه لفظ فسخ قبله ؛ كما استنبطه في « المطلب » . . .) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٢/١١٧ ـ ١١٨) مخطوط .

(٣) روضة الطالبين (٣/٧١٣) ، وانظر « الشرح الكبير » (٥/٥٠٩) .

(٤) أي : من أن حقَّه سابقٌ . « هادي النبيه » (ق ١/١٥٢) مخطوط .

وَإِنْ تَحَالَفَا عَلَى ٱلثَّمَنِ . . فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ ٱلْبَائِعُ . وَإِنْ أَنْكَرَ ٱلْمُشْتَرِي ٱلشِّرَاءَ وَٱدَّعَاهُ ٱلْبَائِعُ . . أَخَذَ مِنَ ٱلْبَائِعِ وَدَفَعَ إِلَيْهِ ٱلثَّمَنَ ، وَعُهْدَتُهُ عَلَيْهِ . . . .

(**وإن [تحالفا]**)[1] ؛ أي : البائع والمشتري (**على**) قدر (**الثمن**) وفسخ البيع بسبب ذٰلك ، أو انفسخ قبل الأخذ بالشفعة . . (**فله**) أي : الشفيع (**أن يأخذ بما حلف عليه البائع**) لأن البائع اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذٰلك الثمن ، فيأخذ حقَّه منه ، والعهدة للمبيع على البائع ؛ لتلقِّي الملك منه ، أو بعد الأخذ بالشفعة . . أُقرَّت الشفعة وسلَّم المشتري قيمة الشقص للبائع .

❊ ❊ ❊

(**وإن أنكر المشتري الشراء وادَّعاه البائع**) وأنه لم يقبض الثمن . . (**أخذ من البائع**) لإقراره بحقِّ المشتري والشفيع ، وقد بطل حقُّ المشتري بتكذيبه ، فبقي حقُّ الشفيع لتصديقه ، (**ودفع إليه الثمن**) دفعاً للضرر عنه ، (**وعهدته**) أي : المبيع (**عليه**) أي : البائعِ ؛ لتلقِّي الملك عنه مثل ما مرَّ ، فلو امتنع البائع من قبض الثمن من الشفيع . . فهل له مطالبة المشتري به أو لا ؟ **وجهان** ؛ **أوجهُهما** ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ : نعم ؛ لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة ، أو الرجوع عليه بالدرك أسهل .

ثم إن حلف المشتري . . فلا شيء عليه ، وإن نكل . . حلف البائع وأخذ الثمن منه ، وكانت عهدته عليه .

(١) في الأصل : (تخالفا) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَقِيلَ : لَا يَأْخُذُ . وَإِنْ قَالَ ٱلْبَائِعُ : (أَخَذْتُ ٱلثَّمَنَ) . . لَمْ يَأْخُذِ ٱلشَّفِيعُ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ . . . .

(**وقيل : لا يأخذ**) لأن الشفعة فرع البيع ، فإذا لم يثبت الأصل . . لم يثبت الفرع .

* * *

(**وإن قال البائع : أخذت الثمن**) . . **فقد قيل** : (**لم يأخذ الشفيع علىٰ ظاهر المذهب**) لأنه لا سبيل إلىٰ [دفع][1] الثمن للبائع ؛ لإقراره بقبضه ، ولا إلى المشتري ؛ لإنكاره استحقاقه ، فلو أخذ . . لأخذ بلا عوضٍ ، وذٰلك ممتنعٌ ، **وقيل ـ وهو الأصح ـ** : إنه يأخذ ؛ لِمَا تقدَّم ، وهل يترك الثمن في يد الشفيع أم يأخذه القاضي ويحفظه ؟ فيه خلافٌ سيأتي في (الإقرار) نظيره فيما إذا كذَّب المُقَرُّ له المُقِرَّ بمالٍ ، **وأن الأصح** : أنه يُترَك في يده .

ولو قال المشتري : (اشتريته لغيري) . . قال الزركشي : (**فالمعتمد** : ما قاله أبو الفرج الزاز والمتولي من أن المُقَرَّ له إن كان حاضراً ؛ فإن وافق علىٰ ذٰلك . . انتقلت الخصومة إليه ، وإن أنكر . . أخذ الشفيع الشقص بلا ثمنٍ ، وكذا يأخذه إن كان المُقَرُّ له غائباً أو مجهولاً ؛ لئلا يؤدِّي إلىٰ سدِّ باب الشفعة)[2]

وإن كان طفلاً معيَّناً ؛ فإن كان عليه للمقِرِّ ولايةٌ . . فكذٰلك ، وإلا انقطعت الخصومة عنه .

* * *

---

(١) في الأصل : (رفع) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/ ٨١) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/ ٣٧٤) .

وَإِنِ ٱدَّعَى ٱلْمُشْتَرِي ٱلشِّرَاءَ وَٱلشِّقْصُ فِي يَدِهِ وَٱلْبَائِعُ غَائِبٌ . . فَقَدْ قِيلَ : يَأْخُذُ ، وَقِيلَ : لَا يَأْخُذُ . وَإِنْ أَخَذَ ٱلشِّقْصَ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّ إِلَّا بِٱلْعَيْبِ ، وَقِيلَ : لَهُ أَنْ يَرُدَّ بِخِيَارِ ٱلْمَجْلِسِ . وَإِذَا مَاتَ ٱلشَّفِيعُ . . ٱنْتَقَلَ حَقُّهُ إِلَى ٱلْوَرَثَةِ ، فَإِنْ عَفَا بَعْضُهُمْ . . . .

(وإن ادعى المشتري الشراء والشقص في يده والبائع غائبٌ . . فقد قيل) وهو الأصح : (يأخذ) الشريك بالشفعة ؛ لأن المشتري أقرَّ له بحقٍّ في يده فلزمه الوفاء به .

(وقيل : لا يأخذ) لأنه أقرَّ بالملك لغائبٍ ثم ادَّعى انتقاله إليه ، فلم يُقبَل قوله .

❊ ❊

(وإن أخذ) الشفيع (الشقص . . لم يكن له أن يردَّ إلا بالعيب) لدفع ١/٤٥٥ الضرر ،/لا بخيار المجلس ؛ لِمَا مرَّ في (باب الخيار) من أن الشفعة لا تُسمَّىٰ بيعاً ، فلم يثبت فيها خيارٌ ؛ كالردِّ بالعيب[1]

(وقيل : له أن يردَّ بخيار المجلس) لأن الشفيع يملك الشقص بثمنٍ ، فأشبهت البيع .

[ثبوت الشفعة لورثة الشفيع]

(وإذا مات الشفيع) بعد استحقاقه الشفعة وقبل الأخـذ . . (انتقل حقُّه إلىٰ) جميع (الورثة) كالردِّ بالعيب ، فيثبت لهم الأخذ بالشفعة علىٰ قدر أنصبائهم ؛ كما مرَّ[2] ، وقيل : علىٰ قدر رؤوسهم ، (فإن عفا بعضهم

---

(١) انظر ما تقدم (٤/ ٢٤) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/ ٢٥٥) .

عَنْ حَقِّهِ . . كَانَ لِلآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ ٱلْجَمِيعَ أَوْ يَدَعَ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَ ٱلشَّفِيعُ وَٱلْمُشْتَرِي فِي قَدْرِ ٱلثَّمَنِ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُشْتَرِي ، وَإِنِ ٱدَّعَى ٱلْمُشْتَرِي ٱلْجَهْلَ بِٱلثَّمَنِ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ بِيَمِينِهِ . . . .

عن حقِّه . . [كان للآخر أن يأخذ الجميع أو يدع) أي] : أخذ الباقون الجميع أو تركوه كالشركاء ، قال بعضهم : وليس لنا حقٌّ إذا أسقط بعض المستحقِّين حقَّه يبقىٰ للباقين استيفاء الجميع إلا في الشفعة ، وحدِّ القذف إذا ورثه جماعةٌ وأسقط بعضهم حقَّه منه .

[اختلاف الشفيع والمشتري في قدر الثمن]

(وإن اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن . . فالقول قول المشتري) بيمينه ؛ لأنه أعلم بما باشره ، فإن نكل وحلف الشفيع . . أخذه بما حلف عليه ، وتُرَدُّ شهادة البائع للشفيع وللمشتري ؛ لأنه يشهد علىٰ فعله إن شهد لأحدهما ، ويشهد أيضاً لحقِّ نفسه إن شهد للمشتري ، فلو أقام أحدهما بينة . . قُضِي بها ، ولو أقام كلٌّ منهما بينةً . . تعارضتا وكأَنْ لا بينة .

وإن اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن ولم يتحالفا . . لزم الشفيعَ ما ادَّعاه المشتري وإن ثبت ما ادَّعاه البائع ؛ لاعتراف المشتري بأن البيع جرىٰ بذٰلك ، والبائع ظالمٌ بالزيادة ، وتُقبَل شهادة الشفيع للبائع ؛ لعدم التهمة ، لا للمشتري لأنه مُتَّهم في تقليل الثمن .

* * *

(وإن ادعى المشتري الجهل بالثمن) بعد تلفه ؛ بأن قال : (لم يكن معلوم القدر) ، وادَّعى الشفيع تعيين قدرٍ . . **(فالقول قوله)** أي : المشتري **(بيمينه)**

وَقِيلَ : يُقَالُ لَهُ : (بَيِّنْ ، وَإِلَّا . . جَعَلْنَاكَ نَاكِلاً) .

أنه لا يعلم قدره ؛ **لأن الأصل** : عدم علمه به ، وللشفيع أن يزيد ويحلفه ، وهـٰكذا ثالثاً ورابعاً وأكثر حتىٰ ينكل ، فيستدل بنكوله ، فيحلف علىٰ ما عيَّنه ويشفع ؛ لأن اليمين يجوز استنادها للظنِّ .

(**وقيل : يقال له : بيّن وإلا . . جعلناك ناكلاً**) كمن ادُّعِي عليه ألفٌ فقال : (لا أعلم كم لك عليَّ منه) ، **فعلىٰ هـٰذا** : إن بيَّن . . حلف الشفيع علىٰ ما عيَّن وأخذ بالشفعة ، **وعلى الأوَّل** : لو ادَّعى الشفيع عِلْم المشتري به ، ولم يعيِّن قدراً . . لم تُسمَع دعواه ؛ لأنه لم يدَّعِ حقاً له .

أما إذا لم يتلف الثمن . . فإنه يضبط ، ويأخذ الشفيع بقدره .

* * *

ولو قامت بينةٌ بأن الثمن كان ألفاً وكفّاً من الدراهم هو دون المئة يقيناً ، فقال الشفيع : (إنه يعطيه ألفاً ومئة) . . ففي « فتاوى الغزالي » : أن له الأخذ ، لـٰكنه لا يحلُّ للمشتري قبض تمام المئة [1]

خاتمة

[في حكم الحيلة في دفع الشفعة]

الحيلة في دفع الشفعة [مكروهةٌ] [2] ؛ لِمَا فيها من [إبقاء] [3] الضرر ،

---

(١) فتاوى الغزالي (ص ١٦٧ ـ ١٦٨) .

(٢) في الأصل : (مكروه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢ / ٣٨٠) .

(٣) في الأصل : (إيقاع) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢ / ٣٨٠) ، و« مغني المحتاج » (٢ / ٣٨٩) .

لا في دفع شفعةِ الجار الذي يأخذ بها عند القائل بها ، **وصورها كثيرةٌ** :

منها : أن يبيعه الشقص بأكثر من ثمنه بكثيرٍ ، ثم يأخذ به عرضاً يساوي ما تراضيا عليه عوضاً عن الثمن ، أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار .

* * *

ومنها : أن يبيعه / بمجهولٍ مشاهَدٍ ويقبضه ، ويخلطه بغيره بلا وزنٍ في الموزون ، أو ينفقه أو يضيعه . ٤٥٥/ب

* * *

ومنها : أن يشتري من الشقص جزءاً بقيمة الكل ، ثم يهبه الباقي .

* * *

ومنها : أن يهب كلٌّ من مالك الشقص وآخِذه للآخر ؛ بأن يهب له الشقص بلا ثوابٍ ، ثم يهب له الآخر قدر قيمته ، فإن خشيا عدم الوفاء بالهبة . . وكّلا أمينَينِ ليُقبضاهما منهما معاً ؛ بأن يهبه الشقص ويجعله في يد أمينٍ ليُقبضه إياه ، ويهبه الآخر قدر قيمته ويجعله في يد أمينٍ ليُقبضه إياه ، ثم يتقابضا في حالةٍ واحدةٍ .

* * *

بابُ القِراض

(باب) بيان (القِراض) وحكمه

هو بكسر القاف لغةُ أهل الحجاز ، مشتقٌّ من القرض ؛ وهو : القطع ؛ لأن المالك يقطع للعامل قطعةً من ماله يتصرَّف فيها ، وقطعةً من الربح .

وقيل : مشتقٌّ من المساواة ؛ [لتساويهما] (١) في استحقاق الربح ، أو لأن المال من المالك والعمل من العامل ، وأهل العراق يسمُّونه : مضاربة ؛ لأن كلاًّ منهما يضرب بسهمٍ من الربح .

وقيل : مأخوذٌ من الضرب في الأرض ؛ وهو السفر ، قال تعالىٰ : ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ . . . ﴾ الآية (٢)

[وهو] (٣) **شرعاً** : عقدٌ يتضمَّن دفعَ مالٍ لآخر ليتَّجر له فيه والربح بينهما .

* * *

والأصل فيه : الإجماع ، والقياس على المساقاة ، والحاجة داعيةٌ إليه ، واحتجَّ له القاضي أبو الطيب بقوله تعالىٰ : ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ (٤) ، والماوردي بقوله : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا

---

(١) في الأصل : (كتساويهما) ، والتصويب من هامش الأصل .

(٢) سورة النساء : (١٠١) .

(٣) في الأصل : (هما) ، والتصويب من سياق عبارة « أسنى المطالب » (٢ / ٣٨٠) .

(٤) تعليقة الطبري (ق ٦/١٧) مخطوط ، والآية من سورة (المزمل) : (٢٠) .

مَنْ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي ٱلْمَالِ . . صَحَّ مِنْهُ عَقْدُ ٱلْقِرَاضِ . وَلَا يَصِحُّ ٱلْقِرَاضُ إِلَّا عَلَى ٱلدَّرَاهِمِ وَٱلدَّنَانِيرِ . . . .

مِّن رَّبِّكُمْ ﴾[1] ، وبـ (أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة بمالٍ إلى الشام) ، وأنفذت معه عبدها ميسرة[2] .

وأركان القراض خمسةٌ : مالٌ ، وعملٌ ، وربحٌ ، وصيغةٌ ، وعاقدان .

[ما يُشترَط في العاقدين]

وقد أخذ في بيان ذٰلك فقال : (من جاز تصرُّفه في المال . . صحَّ منه عقد القراض) لأن العاقدَين كوكيلٍ وموكِّلٍ في أنه يُشترَط [أهلية][3] التوكيل في المالك ، و[أهلية][4] التوكُّل في العامل ، وأنه ينعزل بما ينعزل به الوكيل ، ولا يتصرَّف إلا بالمصلحة ، ولا يصح القراض منه ، ولا من العبد المأذون ، ولا من المحجور عليه بسفهٍ ، ويصح من الوليِّ سواء فيه الأب والجد ، والوصي ، والحاكم وأمينه .

[ما يُشترَط في مال القراض]

(ولا يصح القراض إلا على الدراهم والدنانير) الخالصة ، فلا يجوز علىٰ تِبْرٍ وحليٍّ وفلوسٍ ، وكذا سائر العروض .

---

(١) الحاوي الكبير (٩/١٠٢) ، والآية من سورة (البقرة) : (١٩٨) .
(٢) أخرجه ابن سعد في « الطبقات الكبير » (١/١٠٨) ، وأبو نعيم في « دلائل النبوة » (١١٠) عن سيدتنا نفيسة بنت أمية رضي الله عنها .
(٣) في الأصل : (أهل) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٤) .
(٤) في الأصل : (أهل) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٤) .

وَلَا يَجُوزُ عَلَىٰ مَغْشُوشٍ مِنْهُمَا . وَلَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَىٰ مَالٍ مَعْلُومِ ٱلْوَزْنِ . . . .

(**ولا يجوز علىٰ مغشوشٍ منهما**) لأن في القراض إغراراً ؛ إذ العمل فيه غير مضبوطٍ ، والربح غير موثوقٍ به ، وإنَّما جُوّز للحاجة فاختصَّ بما يروج غالباً ، وتسهل التجارة به ، ولأن الدراهم والدَّنانير ثمنان لا يختلفان بالأزمنة والأمكنة غالباً ، ولا يُقوَّمان بغيرهما ، والعروض تختلف قيمتها غالباً ، **وظاهر كلامهم** : أنه لا فرق بين كثير الغشِّ وقليله ، وهو كذٰلك .

1/456 **نعم** ؛ اليسير الذي لا يتحصَّل / منه شيءٌ لو سُبِكت . . ينبغي أنه لا يضرُّ ؛ كما بحثه بعضهم [1]

قال ابن الرفعة : (**والأشبه** : صحَّة القراض علىٰ نقدٍ أبطله السلطان) انتهىٰ [2] ، **وهو مقتضىٰ كلام الإمام** [3]

(**ولا يصح إلا علىٰ مالٍ معلوم الوزن**) فلا يصح علىٰ مجهول القَدْر

---

(١) عبَّر عنه الشارح رحمه الله تعالىٰ في « الإقناع » (٨/٢) بقوله : (نعم إن كان غشُّه مستهلكاً . . . جاز ، قاله الجرجاني) تبعاً لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري رحمه الله تعالىٰ في « فتح الوهاب » (٢٨٦/١) .

(٢) كفاية النبيه (٩٩/١١) ، وفي هامش الأصل : (**بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة**) .

(٣) نهاية المطلب (٤٤٢/٧) ، وزاد في « مغني المحتاج » (٤٠٠/٢) : (قال الأذرعي : وفيه نظر إذا عزَّ وجوده أو خيف عزَّته عند المفاصلة . انتهىٰ ، **وهٰذا هو الظاهر**) ، قال ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالىٰ في « تحفة المحتاج » (٨٣/٦) بعد نقله كلام الأذرعي : (ويجاب : بأن الغالب مع ذٰلك تيسر الاستبدال به) .

أو الجنس أو الصفة ولو مرئيّاً ؛ للجهل بالربح ، **ويفارق رأس مال السَّلَم** : بأن القراض عُقِدَ [ليفسخ][1] ويميز بين رأس المال والربح ، بخلاف السَّلَم ، ولو علم ذلك في المجلس . . لم يصح أيضاً **على الأشبه** في « المطلب »[2] ، مُعَيَّنٍ[3] ، فلا يصح علىٰ [إحدى الصُّرَّتَينِ][4] المتساويتَينِ في القَدْر والجنس والصفة وإن عُيِّنت في المجلس ؛ لفساد الصيغة .

* * *

ولو قارضه علىٰ دنانير أو دراهم في ذمَّته أو ذمَّة غيره . . لم يجز ؛ كما في « المحرر »[5] وغيره ، فلو عيَّن ما في ذمَّته في المجلس . . جاز ؛ كما صرَّح به في « الشرح الصغير »[6] ، وجزم به ابن الصبَّاغ والروياني وغيرهما[7] ، وجرىٰ عليه ابن المقري ؛ قياساً على الصرف والسَّلَم[8] ، خلافاً لِمَا جزم به البغوي من عدم الجواز[9]

---

(١) في الأصل : (ينفسخ) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨١) ، و« تحفة المحتاج » (٦/٨٣) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٢/١٦٧ ـ ١٦٨) مخطوط .

(٣) قوله : (معين) نعت لـ (مال) .

(٤) في الأصل : (أحد الصرَّتين) ، والتصويب من « منهاج الطالبين » (ص ٣١٠) .

(٥) المحرر (٢/٧٣٩) .

(٦) الشرح الصغير (ق ٤/٥٠) مخطوط .

(٧) الشامل (ص ١٦٤) رسالة جامعية ، بحر المذهب (٩/١٩٢) .

(٨) روض الطالب (١/٤١٣) .

(٩) التهذيب (٤/٣٧٨) .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا عَلَىٰ جُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنَ ٱلرِّبْحِ ؛ فَإِنْ قَالَ : (قَارَضْتُكَ عَلَىٰ أَنَّ

ولو قال لمدينه : (اعزل مالي الذي في ذمَّتك) فعزله ولم يقبضه ، ثم قارضه عليه . . لم يصح ؛ لأنه لا يملك ما عزله بغير قبضٍ ، فلو اشترىٰ للقراض بعينه شيئاً . . لم يصح ، أو في الذمَّة . . وقع العقد للآمر ؛ لأنه اشترىٰ له بإذنه ، **وقيل** : للمأمور ؛ لأن الآمر لم يملك الثمن ، **وعلى الأوّل** : يكون الربح للآمر ؛ لفساد القراض ، وللعامل عليه أجرة المثل .

* * *

ولو قارضَ المودَعَ أو غيرَه على الوديعة ، أو الغاصبَ أو غيرَه على المغصوب . . صحَّ ؛ لتعيُّنهما [في يد العامل] ، بخلاف ما في الذمَّة ؛ فإنه إنَّما يتعيَّن بالقبض .

ويُشترَط قدرة غير الغاصب على انتزاعه ، ويبرأ الغاصب من ضمان المغصوب بتسليمه لمن يعامله ؛ لأنه سلَّمه بإذن المالك ، وزالت عنه يده ، لا بمجرَّد القراض ، وما يقبضه من الأعواض يكون أمانةً في يده ؛ لأنه لم يُوجَد فيه منه [مُضمِّن] (١)

قال السبكي : (ويصح القراض علىٰ غير [المرئي] (٢) ؛ لأنه توكيلٌ) (٣)

[ما يُشترَط في الربح]

(**ولا يصح إلا علىٰ جزءٍ معلومٍ من الربح**) كالنصف أو الثلث ، (**فإن قال : قارضتك علىٰ أنَّ**) لك فيه شركةً أو نصيباً ، أو ديناراً مثلاً ، أو النصف

---

(١) في الأصل : (تضمن) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨١) .
(٢) في الأصل : (المرائي) ، والتصويب من « الابتهاج في شرح المنهاج » .
(٣) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٣٨) مخطوط .

ٱلرِّبْحَ بَيْنَنَا) . . جَازَ ، وَكَانَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَإِنْ قَالَ : (عَلَىٰ أَنَّ لَكَ ٱلنِّصْفَ) . . صَحَّ . . . .

وديناراً أو إلا ديناراً ، أو [علىٰ أن] تخصَّني بدابةٍ تشتريها من رأس المال ، أو تخصَّني بركوبها ، أو بربح أحد الألفين مثلاً ولو كانا مخلوطَينِ ، أو علىٰ أنك إن ربحت ألفاً فلك نصفه ، أو ألفين فلك ربعه . . لم يصح في الجميع ؛ للجهل بقدر الربح في الأوَّلينِ ، ولانتفاء العلم بالجزئيَّة في الثلاثة بعدها ، وبعينها في الأخيرة ، ولأنه ربَّما لا يربح فيما قدَّر فيه إلا ذٰلك [القَدْر] فيفوز به أحد العاقدين ، ولأن الدابة في صورتها الثانية ربَّما تنقص بالاستعمال ، ويتعذَّر عليه التصرُّف فيها ، ولأنه خصَّص العامل في التي تليها بربح بعض المال .

أو علىٰ أن (**الربح بيننا . . جاز ، وكان بينهما نصفَينِ**)/ لتبادُره إلى الفهم ؛ كما لو قال : (هٰذه الدار بيني وبين زيدٍ) . . يكون مُقِرّاً بالنصف . ٤٥٦/ب

(**وقيل : لا يجوز**) لاحتمال اللفظ لغير المناصفة ، فلا يكون الجزء معلوماً .

قال في « الأنوار » : (ولو قال : علىٰ أنَّ الربح بيننا أثلاثاً . . فسد)[1] ؛ أي : للجهل بمن له الثلث ومن له الثلثان .

* * *

(**وإن قال : علىٰ أن لك النصف**) مثلاً . . (**صحَّ**) لأن الذي سكت عنه يكون للمالك بحكم الأصل ، فكان كقوله : لك النصف ولي النصف ، بخلاف الصورة الآتية .

---

(١) الأنوار لأعمال الأبرار (٢/١٠١) .

وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ ، وَٱلْأَوَّلُ أَظْهَرُ . وَإِنْ قَالَ : (عَلَىٰ أَنَّ لِيَ ٱلنِّصْفَ) . . لَمْ يَصِحَّ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ ، وَٱلْأَوَّلُ أَظْهَرُ . . . .

(**وقيل : لا يصح**) لأنه لم يبيِّن ما له من المال ، فيُشترَط بيانه كالعامل ، (**والأول أظهر**) لِمَا قلناه .

* * *

(**وإن قال : علىٰ أن لي النصفَ . . لم يصح**) كما لو قارضه ولم يتعرَّض للربح ؛ لأن الربح فائدة رأس المال ، فهو للمالك إلا ما يُنسَب منه للعامل ، ولم يُنسَب له شيءٌ منه[1]

(**وقيل : يصح**) لأن الربح لا يَعْدوهما ، فإذا تبيَّن أن النصف له . . تبيَّن أن النصف الآخر للعامل ، (**والأول أظهر**) لِمَا سلف .

* * *

ولو قال : (قارضتك ولك ربع سدس العشر) . . صحَّ وإن لم يعلما قدره عند العقد ؛ لسهولة معرفته ؛ كما لو باعه مرابحةً وجهلا حال العقد حسابه .

ولو قال : (قارضتك كقراض فلانٍ) وهما يعلمانه ؛ بأن علما القدر المشروط له . . صحَّ ، وإلا . . فلا .

* *

ولو أعطاه ألفاً وقال له : (شاركني بألفٍ آخر لك واعمل والربح بيننا متفاوتٌ)[2] ؛ بأن يكون له الثلث والثلثان للعامل أو عكسه . . لم يصح ؛ لِمَا فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال ، ولا نظر إلى العمل بعد

---

(١) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة برباط العجمي بالمدينة المنورة) .

(٢) كذا في الأصل ، وفي « أسنى المطالب » (٢/٣٩٣) : (والربح بيننا أثلاثاً) .

وَإِنْ شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا رِبْحُ شَيْءٍ يَخْتَصُّ بِهِ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ قَالَ : (قَارَضْتُكَ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ ٱلرِّبْحُ كُلُّهُ لِي) ، أَوْ (كُلُّهُ لَكَ) . . فَسَدَ ٱلْعَقْدُ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا تَصَرَّفَ . . نَفَذَ ٱلتَّصَرُّفُ ، وَيَكُونُ ٱلرِّبْحُ كُلُّهُ لِرَبِّ ٱلْمَالِ ، وَلِلْعَامِلِ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ . . . .

الشركة في المال ، فلو عمل وربح . . كان الربح بينهما نصفَينِ ، ويكون للعامل [نصف][1] أجرة مثله على المالك .

* * *

(**وإن شرط لأحدهما ربح شيءٍ يختصُّ به . . لم يصح**) لأنه قد لا يربح في ذٰلك فيبطل حقُّه ، أو لا يربح إلا في ذٰلك فيبطل حقُّ الآخر .

(**وإن قال : قارضتك علىٰ أن يكون الربح كلُّه لي ، أو كلُّه لك . . فسد العقد**) فيكون قراضاً فاسداً ؛ لأنه شرَط ما ينافي مقتضاه ، **وقيل** : إبضاع في الأولىٰ[2] ، **وقيل** : قرضٌ صحيحٌ في الثانية ، والأول نظر في المسألتَينِ إلى اللفظ ، والثاني إلى المعنىٰ ، (**إلا أنه إذا تصرَّف**) على الأول . . (**نفذ التصرُّف**) لعموم الإذن ؛ كالوكالة الفاسدة ، (**ويكون الربح كله لرب المال**) لأنه نماء ملكه .

(**وللعامل**) عليه في الصورة الثانية (**أجرة المثل**) وإن لم يكن ربحٌ ؛ لأنه لم يعمل مجّاناً وقد فاته المسمَّىٰ ، أما في الصورة الأولىٰ . . فلا شيء له في

---

(١) في الأصل : (نصفاً) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩٣) .

(٢) **الإبضاع** : هو توكيل بلا جعل ، أو بعث مالٍ مع من يتَّجر فيه متبرِّعاً ، **والبضاعة** : المال المبعوث . انظر « مغني المحتاج » (٢/٤٠٣) .

الأصح ؛ لرضاه بالعمل مجاناً ، **ومقابل الأصح** : له أجرة المثل ؛ كغير ذٰلك من صور الفساد ، وهو ظاهر عبارة الشيخ ، وجرىٰ عليه ابن الرفعة في « كفايته » و« مطلبه »(١)

قال بعضهم : **ومحلُّ استحقاقه أجرة المثل في الثانية** : ما لم يكن عالماً بفساد القراض ، أما إذا علم . . فلا يستحقُّ شيئاً ؛ كما رجَّحه بعض المتأخِّرين ، **وظاهر كلام الأصحاب** : الاستحقاق مطلقاً ؛ لأن العقد الفاسد يقتضي أجرة المثل ، وجرىٰ عليهِ شيخنا الشهاب الرملي(٢)

* * *

ولو قارض العاملُ آخر ولو بإذن المالك ؛ ليشاركه في العمل والربح . .
٤٥٧/أ /لم يصح ؛ لأن القراض علىٰ خلاف القياس ، وموضوعه : أن يعقده المالك والعامل ، فلا يعدل إلىٰ أن يعقده عاملان ، فإن قارضه بالإذن لينفرد بالربح والعمل . . صحَّ ؛ كما لو قارضه المالك بنفسه ، أو بلا إذنٍ . . فلا .

وتصرُّف الثاني بغير إذن المالك غصبٌ ، فيضمن ما تصرَّف فيه ، فإن اشترىٰ بعين مال القراض . . لم يصح شراؤه ؛ لأنه فضوليٌّ ، أو في ذمَّته . . فالربح للأول من العاملَينِ ؛ لأن الثاني وكيلٌ عنه ، وعليه للثاني أجرته ؛ لأنه

---

(١) كفاية النبيه (١١/١٠٦) ، المطلب العالي (ق ١٢/١٧٢ ـ ١٧٣) مخطوط .

(٢) حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب (٢/١٧١) ، ومثله في « مغني المحتاج » (٢/٤٠٥) وعبارته : (تنبيه : ظاهر كلامهم : أنه يستحقُّ الأجرة سواء أعلم بالفساد أم لا ، قال السبكي : ولعلَّ سببه أنه أذن أن يعمل بعوضٍ ، فلا يحبط عمله) .

وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ ٱلْمَالَ وَقَالَ : (تَصَرَّفْ وَٱلرِّبْحُ كُلُّهُ لِي) . . فَهُوَ إِبْضَاعٌ لَا حَقَّ لِلْعَامِلِ فِيهِ ، وَإِنْ قَالَ : (تَصَرَّفْ وَٱلرِّبْحُ كُلُّهُ لَكَ) . . فَهُوَ قَرْضٌ . . . . . .

لم يعمل مجاناً ، فإن عمل مجاناً ؛ كأن قال له الأول : (وكلُّ الربح لي) . . فلا أجرة له .

نعم ؛ إن اشترى الثاني في ذمَّته ونوىٰ نفسه . . فالربح له ، ولا أجرة له على الأول[1] .

❊ ❊ ❊

(**وإن دفع إليه المال وقال : تصرَّفْ**) فيه (**والربح كلُّه لي . . فهو إبضاعٌ**) أي : توكيلٌ بلا جعلٍ ؛ كما لو قال : أبضعتك (**لا حقَّ للعامل فيه**) لأنه وكيلٌ متبرِّعٌ .

(**وإن**) دفع له المال و(**قال : تصرَّف**) فيه (**والربح كله لك . . فهو قرضٌ**) صحيحٌ ، بخلاف ما لو قال : (أبضعتك ولك الربح ، أو نصفه) . . فإنه قراضٌ فاسدٌ ؛ كما صرَّح به الرافعي في الصورة الأولىٰ[2] ، وابن المقري في الثانية[3] .

وفارق ذٰلك قوله : (تصرَّف فيه والربح كلُّه لك) بأن اللفظ ثَمَّ صريحٌ في عقدٍ آخر ، ذكره في « الروضة » كـ « أصلها »[4] .

❊ ❊ ❊

(١) في هامش الأصل : (بلغ) .
(٢) الشرح الكبير (٦/١٦) .
(٣) روض الطالب (١/٤١٤) .
(٤) روضة الطالبين (٣/٧٤٥) ، الشرح الكبير (٦/١٦) .

وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى ٱلتِّجَارَةِ . . . .

ويجوز تعدُّد كلٍّ من المالك والعامل ، فللمالك أن يقارض اثنين متفاضلاً ومتساوياً في المشروط لهما من الربح ؛ كأن يشرط لأحدهما نصف الربح وللآخر ربعه ، أو يشرط لهما النصف بالسويَّة .

قال الإمام : (وإنَّما يجوز أن يقارض اثنين إذا ثبت لكل واحدٍ الاستقلال ، فإن شرط علىٰ كل واحدٍ مراجعة الآخر . . لم يجز)[1] ، **وهـٰذا هو المعتمد** وإن نازع فيه الرافعي[2] .

❋ ❋ ❋

وللمالكَينِ أن يقارضا واحداً ، ويكون الربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال ، فإذا شرط للعامل نصف الربح ، ومال أحدهما مئة والآخر مئتين . . اقتسما النصف الآخر أثلاثاً ، فإن شرطا غير ما تقتضيه النسبة . . فسد العقد ؛ لِمَا فيه من شرط الربح لمن ليس بمالكٍ ولا عاملٍ .

[ما يُشترَط في العمل]

(**ولا يجوز**) القراض (**إلا على التجارة**) وتوابعها ؛ كنشر الثياب وطيِّها ، فلا يصح علىٰ أن يشتري الحنطة ويطحنها ، أو أن يشتري النخل لثمرته ، أو شبكةً ليصطاد بها والفوائد بينهما ؛ للاستغناء عن جهالة العوض

---

(١) نهاية المطلب (٧/٥٤٦) .

(٢) الشرح الكبير (٦/١٩) ، ومثله في « مغني المحتاج » (٢/٤٠٥) قال : (وقال البلقيني : ما قاله الإمام الأصحابُ يساعدونه عليه ، فالوجه : القطع به ؛ **فإن مِن شرط القراض** : الاستقلالَ بالتصرُّف ، وهنا ليس كذٰلك . انتهىٰ ، **وهـٰذا هو الظاهر**) .

فِي جِنْسٍ يَعُمُّ وُجُودُهُ . . . .

بالاستئجار ؛ فإنها أعمالٌ مضبوطةٌ ، ولأنَّ ما حصل من ثمرة النخل ليس بتصرُّف العامل ، وإنَّما هو من عين المال ، والصيد للصائد ، وعليه أجرة الشبكة .

* * *

ولو قارضه المالك لينقل المال من بلدٍ إلىٰ بلدٍ ، ويشتري من أمتعته ثم يبيعها هناك ، أو يردُّها إلىٰ محلِّ القراض . . لم يجز ؛ لأن نقل المال من بلدٍ إلىٰ بلدٍ عملٌ زائدٌ على التجارة ، فأشبه شرط الطحن والخبز ، ويخالف ما لو أذن له في السفر ؛ فإن الغرض منه نفيُ الحرج .

ولو طحن الحنطة بلا شرطٍ . . لم ينفسخ القراض ، ولم يستحقَّ أجرة الطحن ، والربح بينهما ، وعليه/ الضمان إن نقص الدقيق لتعدِّيه ، فإن باعه . . لم يضمن ثمنه ؛ لأنه لم يتعدَّ فيه . ٤٥٧/ب

* * *

ولا يُشترَط تعيين ما يتصرَّف فيه ، بخلاف الوكالة ؛ لأنَّها نيابةٌ محضةٌ ، والحاجة تمسُّ إليها في أشغالٍ خاصةٍ ، والقراض معاملةٌ يتعلَّق بها غرض كلٍّ من المتعاقدَينِ ، فمهما كان العامل أبسط يداً . . كانت أفضىٰ إلىٰ مقصودها ، فإن عيَّن له شيئاً . . تعيَّن ، لـٰكن لا بدَّ أن يكون (في جنسٍ) أو نوعٍ (يعمُّ وجوده) حال العقد في الموضع المعيَّن للتجارة وإن كان ينقطع كالرطب ؛ لانتفاء التضييق ، لا عمومه في سائر الأزمنة والأمكنة .

* * *

فَإِنْ عَلَّقَهُ عَلَىٰ مَا لَا يَعُمُّ وُجُودُهُ ، أَوْ عَلَىٰ أَلَّا يَشْتَرِيَ إِلَّا مِنْ رَجُلٍ بِعَيْنِهِ . . لَمْ يَصِحَّ . . . .

(فإن علَّقه علىٰ ما [لا][1] يعم وجوده) كياقوتٍ أحمرَ ، وخزٍّ أدكنَ ، وخيلٍ بلقٍ . . لم يصح ؛ لأنه تضييقٌ يخلُّ بمقصود العقد .

نعم ؛ إن [نَدَر][2] وكان بمكانٍ يُوجَد فيه غالباً . . صحَّ ، قاله الماوردي والروياني[3] .

(أو) علَّقه (علىٰ ألَّا يشتري) أو لا يبيع (إلا من رجلٍ بعينه) أو لا يشتري إلا هٰذه السلعة . . (لم يصح) للتضييق على العامل ، ولأن الشخص المعيَّن قد لا يتأتَّىٰ من جهته ربحٌ في بيعٍ أو شراءٍ ، والسلعة المعيَّنة قد لا يجد فيها ربحاً ، فإن نهاه عن هٰذه الأمور . . صحَّ ، قال الرافعي : (لأن [فيما][4] سواها مجالاً واسعاً)[5] .

* * *

ولو قارضه علىٰ أن يصارف مع الصيارفة . . فهل يتعيَّنون ؛ عملاً بالشرط فتفسد المصارفة مع غيرهم ، أو لا ؛ لأن المقصود بذٰلك : أن يكون تصرُّفه صرفاً لا مع قومٍ بأعيانهم ؟ وجهان ؛ أوجهُهما ـ كما قال بعض المتأخِّرين ـ : الأول إن ذكر ذٰلك علىٰ وجه الاشتراط ، وإلا . . فالثاني .

---

(١) في الأصل : (ما لم) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) في الأصل : (نذر) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٢) .

(٣) الحاوي الكبير (٩/١١٥) ، بحر المذهب (٩/١٩٧) .

(٤) في الأصل : (ما في) ، والتصويب من « الشرح الكبير » .

(٥) الشرح الكبير (٦/١٣) .

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يَعْقِدَ فِي ٱلْحَالِ ، فَإِنْ عَلَّقَهُ عَلَىٰ شَرْطٍ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ عَقَدَ إِلَىٰ شَهْرٍ . . . .

قال الماوردي : (ولو شرط ألَّا يتصرَّف إلا في سوقٍ معيَّنٍ . . صحَّ ، بخلاف الحانوت المعيَّن ؛ لأن السوق المعيَّن كالنوع العام ، والحانوت المعيَّن كالعرض المعيَّن)[1] ، قال : (ولو قال : قارضتك ما شئتُ أو ما شئتَ . . جاز ؛ لأن ذٰلك شأن العقود الجائزة)[2]

[ما يُشترَط في الصيغة]

(**ولا يصح إلا أن يعقد في الحال ، فإن علَّقه علىٰ شرطٍ**) كأن قال : (إذا جاء رأس الشهر . . فقد قارضتك) ، أو علَّق تصرُّفه ؛ كأن قال : (قارضتك الآن ولا تتصرَّفْ حتىٰ ينقضي الشهر) . . (**لم يصح**) أما في الأولىٰ . . فكما في البيع ونحوه ، وأما في الثانية . . فكما لو قال : (بعتك هٰذا ولا تملكه إلا بعد شهرٍ) .

* * *

(**وإن عقد إلىٰ شهرٍ**) مثلاً . . لم يصح ؛ لإخلال التأقيت بمقصود القراض ؛ فقد لا يربح في المدَّة المعيَّنة .

ولو دفع إليه مالاً وقال : (إذا متُّ . . فتصرَّف فيه بالبيع والشراء قراضاً علىٰ أن لك نصف الربح) . . لم يصح ، وليس له التصرُّف بعد موته ؛

(١) الحاوي الكبير (٩/١١٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/١١٠) .

عَلَىٰ أَلَّا يَبِيعَ بَعْدَهُ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ عَقَدَ إِلَىٰ شَهْرٍ عَلَىٰ أَلَّا يَشْتَرِيَ بَعْدَهُ . . صَحَّ . . . .

لأنه تعليقٌ ، [ولأن][1] القراض يبطل بالموت لو صحَّ ، أو : (**علىٰ ألَّا [يبيع]**)[2] ، أو : (لا يتصرَّفْ) كما فهم بالأولىٰ (**بعده**) أي : الشهر . . (**لم يصح**) لِمَا مرَّ .

* * *

(**وإن عقد إلىٰ شهرٍ علىٰ ألَّا يشتري بعده**) [وجعل له][3] البيع . . (**صحَّ**) لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعد الشهر .

ويُؤخَذ من تمثيل الشيخ بـ (**شهر**) : أن تكون المدَّة ـ كما قال الإمام ـ / يتأتَّىٰ فيها الشراء لغرض الربح ، بخلاف نحو ساعةٍ[4] ١٥٨/أ

وظاهر عبارة الشيخين وصريح عبارة الشيخ : أنه أقَّت القراض بمدَّةٍ ومنعه الشراء بعدها[5] ، وليس مراداً ، **بل المراد** : أنه لم يذكر تأقيتاً أصلاً ؛ كقوله : (قارضتك ولا [تشترِ][6] بعد شهرٍ) فإن القراض المؤقَّت لا يصح ؛ سواء أمنع المالك العامل التصرُّف أم البيع ـ كما مرَّ ـ أم سكت أم الشراء ؛

---

(١) في الأصل : (لأن) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٣/٧٦٨) .
(٢) في الأصل : (تبيع) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٣) في الأصل : (ولك) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/١١٦) .
(٤) نهاية المطلب (٧/٤٥٤) .
(٥) الشرح الكبير (٦/١٤) ، روضة الطالبين (٣/٧٤٤) .
(٦) في الأصل : (ولا تشتري) ، والتصويب من « حاشية ابن قاسم العبادي علىٰ تحفة المحتاج » (٦/٨٧) .

وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ رَبُّ ٱلْمَالِ . . لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غُلَامُ رَبِّ ٱلْمَالِ . . صَحَّ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِيلَ : لَا يَصِحُّ . . . .

كما قاله شيخنا شيخ الإسلام زكريا في « شرح منهجه »(١)

* * *

ويُشترَط في صحَّة القراض : أن يكون ماله مسلماً إلى العامل ، فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك يوفي منه ثمن ما اشتراه العامل ، ولا شرط مراجعته في التصرُّف ؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة ، أو لا يساعده علىٰ رأيه فيفوت التصرُّف الرابح ، وكالمالك في ذٰلك نائبه ؛ كمشرفٍ [نصبه](٢)

* * *

ويُشترَط : استقلال العامل بالعمل ؛ كما نبَّه علىٰ ذٰلك بقوله : (**وإن شرط أن يعمل معه ربُّ المال . . لم يصح**) لفوات استقلال العامل ؛ لأن انقسام التصرُّف يفضي إلى انقسام اليد .

(**وإن شرط أن يعمل معه غلام ربِّ المال**) مُعيناً ولا يد له ولا مشاركة في الرأي . . (**صحَّ علىٰ ظاهر المذهب**) كشرط إعطاء بهيمته ليحمل عليها .

(**وقيل : لا يصح**) كشرط عمل السيد ؛ لأن يد غلامه كيده .

وفرق الأول : بأن العبد أو البهيمة مالٌ ، فجعل عملهما تبعاً للمال ، بخلاف السيد ، وأُلحِق بهما أجيره الحر ؛ كما شمله التعبير بـ (الغلام) لأنه مالكٌ

---

(١) فتح الوهاب (١/٢٤١) .

(٢) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .

وَعَلَى ٱلْعَامِلِ أَنْ يَتَوَلَّىٰ بِنَفْسِهِ مَا جَرَتِ ٱلْعَادَةُ أَنْ يَتَوَلَّاهُ ، وَأَنْ يَتَصَرَّفَ عَلَى ٱلِاحْتِيَاطِ ؛ فَلَا يَبِيعَ بِدُونِ ثَمَنِ ٱلْمِثْلِ ، وَلَا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي ذَٰلِكَ كُلِّهِ ....

لمنفعته ، وقد ذكر مثله الأذرعي في (المساقاة)(١) ، فإن ضمَّ إلىٰ عمله أن يكون بعض المال في يده ، أو ألَّا يتصرَّف العامل دونه . . فسد العقد قطعاً .

ويُشترَط أن يكون العبد والبهيمة معلومَينِ بالرؤية أو الوصف .

❊

(**وعلى العامل أن يتولَّىٰ بنفسه ما جرت العادة أن يتولَّاه**) كطيِّ الثياب ، ووزنِ الخفيف ؛ كذهبٍ ومسكٍ ، عملاً بالعادة ، بخلاف وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ونقلها من الخان مثلاً إلى الحانوت ؛ فليس عليه .

وما لا يلزمه . . له الاستئجار عليه من مال القراض ؛ لأنه من تتمة التجارة ومصالحها ، ولو فعله بنفسه . . فلا أجرة له ، وما يلزمه فعله لو اكترىٰ من فعله . . فالأجرة في ماله .

(**وأن يتصرَّف**) ولو بالعرض ؛ لأنه طريقٌ للاسترباح (**على**) وجه (**الاحتياط**) لأن العامل في الحقيقة وكيلٌ (**فلا يبيع بدون ثمن المثل ، ولا بثمنٍ مؤجَّلٍ إلا أن يأذن له**) المالك (**في ذٰلك [كلِّه]**) فيجوز .

ويلزمه الإشهاد بالبيع نسيئةً ، قال الإسنوي : (**وقياس ما مرَّ في الوكالة بأداء الدَّين ونحوه** : الاكتفاء بشاهدٍ واحدٍ ، وبمستورٍ)(٢) ، فإن ترك الإشهاد . . ضمن .

---

(١) قوت المحتاج (٣/٤٠٣) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٨٥) .

قال الأذرعي : (ويجب أن يكون البيع من ثقةٍ [مليءٍ] ؛ كما مرَّ في بيع مال المحجور)[1] ، وعليه حبس المبيع[2] ليقبض الثمن الحالَّ ، ولا يلزمه الإشهاد ؛ لعدم جريان العادة به في البيع الحالِّ ، فإن سلَّم المبيع قبل قبض الثمن . . ضمن كالوكيل ، إلا أن يأذن له المالك في ذٰلك .

قال الماوردي : (ولا يجوز عند الإذن بالنسيئة أن يشتري / أو يبيع سَلَماً ؛ لأنَّ عقد السَّلَم أكثر غرراً)[3] ٤٥٨/ب

نعم ؛ إن أذن له في الشراء سَلَماً . . جاز ، أو في البيع سَلَماً . . لم يجز ، قال : (**والفرق بينهما** : وجود الحظِّ غالباً في الشراء ، وعدمه في البيع)[4]

وقد يقال : **الأوجَهُ** : جوازه في [صورة] البيع أيضاً ؛ لوجود الرضا من الجانبين ؛ أي : **وهو المعتمد** ، قال : (ولو شرط عليه البيع بالمؤجَّل دون الحالِّ . . فسد العقد) انتهىٰ[5]

* * *

---

(١) التوسط والفتح (ق ٦/١١٣) مخطوط .

(٢) في الأصل : (حبس مال المبيع) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٥) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٠٦) .

(٣) الحاوي الكبير (٩/١٢١) .

(٤) الحاوي الكبير (٩/١٢٢) .

(٥) الحاوي الكبير (٩/١٢٢) .

وله أن يبيع بغير نقد البلد إن رأىٰ في ذٰلك مصلحةً ؛ كما جزم به ابن الوردي في « بهجته »[١] ، وهو قياس جواز البيع بالعرض ، وسكوت الشيخ عنه هنا مع منع الوكيل منه يفهمه ، وهـٰذا هو **الظاهر**[٢] ، لـٰكن جزم البندنيجي وابن الصباغ وسُلَيم والروياني بالمنع كالوكيل ، قاله ابن الرفعة[٣]

قال السبكي : (**ويفارق العرض** : بأنه لا يروج [هناك][٤] فيتعطَّل الربح ، بخلاف العرض)[٥] ، **ويُؤخَذ منه** : أنه إذا راج . . جاز ذٰلك .

وكالبيع بما ذُكِر : الشراء به ، صرَّح به الغزالي في « وسيطه » وابن أبي عصرون[٦]

ولا يشتري شيئاً بثمن مثله وهو لا يرجو حصول ربحٍ فيه ؛ لأن الإذن لا يقتضيه ، قاله الماوردي[٧]

---

(١) بهجة الحاوي (ص ١١٩) .

(٢) كلام الشارح رحمه الله تعالىٰ هنا يميل لاعتماد جوازه ، لـٰكنه صرَّح في « مغني المحتاج » (٤٠٧/٢) بعدم جوازه ، قال : (وأما البيع بغير نقد البلد . . فلا يجوز ؛ كما صرَّح به جمعٌ منهم : الروياني والمحاملي ، وفرق **السبكي** : بأن نقد غير البلد لا يروج فيها ، فيتعطل الربح ، بخلاف العرض) .

(٣) الشامل (ص ١١٨) رسالة جامعية ، بحر المذهب (٢٠٢/٩) ، كفاية النبيه (١٢٠/١١) .

(٤) في الأصل : (ثمنه) ، والتصويب من « الابتهاج في شرح المنهاج » .

(٥) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ١٤٢/٤) مخطوط .

(٦) الوسيط (١١٦/٤) ، الانتصار (ق ٢٠٠/٣) مخطوط .

(٧) الحاوي الكبير (١٢٩/٩) .

وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ مَعِيباً رَأَىٰ شِرَاءَهُ . . جَازَ ، وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ شَيْئاً عَلَىٰ أَنَّهُ سَلِيمٌ فَخَرَجَ مَعِيباً . . ثَبَتَ لَهُ ٱلْخِيَارُ ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَ هُوَ وَرَبُّ ٱلْمَالِ فِي ٱلرَّدِّ بِٱلْعَيْبِ . . عُمِلَ مَا فِيهِ ٱلْمَصْلَحَةُ . . . .

[حكم ما لو اشترى العامل شيئاً معيباً]

(**وإن اشترىٰ**) شيئاً (**معيباً رأىٰ شراءَه**) ولو بقيمته [معيباً للمصلحة][1] (**جاز**) **لأن المقصود** : الربح ، وبهـٰذا خالف الوكيل ، وليس لأحدهما ردُّه بالعيب حينئذٍ ؛ لعلمه بالعيب .

* * *

(**وإن اشترىٰ شيئاً علىٰ أنه سليمٌ**) أي : ظنَّ ذٰلك بلا شرطٍ (**فخرج معيباً . . ثبت له الخيار**) عند فَقْد مصلحة الإمساك ولو مع فَقْد مصلحة الردِّ أيضاً ، فلكلٍّ منهما ردُّه وإن رضي به الآخر ، وإنَّما لم يؤثِّر رضا المالك به ؛ لأن العامل صاحب حقٍّ في المال ، بخلاف الوكيل ، فإن اقتضت المصلحة الردَّ . . **فالقياس** : وجوبه على العامل ؛ كما أنها إذا اقتضت الإمساك . . وجب .

* * *

(**وإن اختلف هو وربُّ المال في الردِّ بالعيبِ**) هل فيه مصلحةٌ أم لا رُفِع الأمر إلى الحاكم و(**عُمِل ما فيه المصلحة**) لأن لكلٍّ منهما حقّاً .

وحيث ينقلب العقد للوكيل فيما مرَّ في (الوكالة)[2] . . ينقلب للعامل هنا ، ولا يعامل العامل المالك ؛ كأن يبيعه شيئاً من مال القراض ؛ لأنَّ المال له .

---

(١) في الأصل : (بقيمته مصلحة) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٥) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٥٣ ـ ٥٤) .

ولا يشتري بأكثر من مال القراض رأس مالٍ وربحاً ، ولا بغير جنس ما أعطاه ؛ كما قاله جماعةٌ ، وتبعهم ابن الرفعة[1] ؛ لأن المالك لم يأذن فيه ، فإن اشترىٰ بأكثر من مال القراض . . لم يقع ما زاد عن جهة القراض ؛ لأنه لو صحَّ . . لملكه ربُّ المال ووجب عليه ثمنه ، وهو لم يأذن فيه ، ولا في شغل ذمَّته بثمنه ، فلو اشترىٰ للقراض عبداً بقدر ماله ولو في ذمَّته ، ثم اشترىٰ آخر . . بطل الشراء الثاني ؛ لأن المال صار مستحقَّ الصرف للأوَّل ، ووقع الأوَّل للمالك قراضاً .

فإن عقد الثاني في ذمَّته . . وقع للعامل حيث يقع الشراء للوكيل عند مخالفته المالك ، فإن سلَّم المال في ثمنه . . دخل في ضمانه لتعدِّيه ، وكان العبد الأول في يده أمانةً ؛ لأنه لم يتعدَّ فيه .

* * *

٤٥٩/أ فإن تلف المال المسلَّم وكان الشراء الأوَّل بعينه . . انفسخ الشراء ؛/ لتلف الثمن قبل قبضه ، أو كان في الذمَّة . . فالثمن على المالك ؛ لوقوع العقد له ، وله على العامل مثله ؛ لضمانه الثمن ؛ كما مرَّ .

فإن سلَّم الثمن العامل بإذن المالك ليرجع به . . حصل التقاصُّ ، أو سلَّمه بلا إذنٍ . . برئ المالك منه دون العامل ، فيبقىٰ في ذمَّته للمالك ، وفاز المالك بالعبد ، فيكون مال قراضٍ .

* * *

(١) كفاية النبيه (١١/ ١٢٠) .

وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ رَبِّ ٱلْمَالِ ، أَوْ زَوْجَ رَبِّ ٱلْمَالِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . لَمْ يَصِحَّ . . . .

ولو قارضه علىٰ مالَينِ في عقدَينِ [فخلطهما][1] . . ضمن لتعدِّيه ، بل إن شرط في العقد الثاني بعد التصرُّف في المال الأول ضمَّ الثاني إلى الأوَّل . . فسد القراض في الثاني ، وامتنع الخلط ؛ لأن الأول استقرَّ حكمه بالتصرُّف ربحاً وخسراناً ، وربحُ كلِّ مالٍ وخسرانه يختصُّ به .

وإن شرط قبل التصرُّف . . صحَّ وجاز الخلط ، وكأنه دفعهما إليه معاً ، لكن إن شرط الربح فيهما مختلفاً . . امتنع الخلط ، وكذا يضمن لو خلط العامل مال القراض بماله ، أو قارضه اثنان فخلط مال أحدهما بمال الآخر لتعدِّيه .

* * *

(**وإن اشترىٰ من يعتق علىٰ ربِّ المال**) لكونه أصله أو فرعه ، أو أقرَّ هو بحرِّيته ، أو كان أمةً مستولدةً وبيعت لكونها مرهونة ، (**أو**) اشترىٰ (**زوج ربِّ المال**) ذكراً أو أنثىٰ (**بغير إذنه**) فيما ذُكِر . . (**لم يصح**) إن اشترىٰ بعين مال القراض ؛ لتضرُّر المالك به [بتفويت][2] المال في الأولىٰ ، بخلاف الوكيل في شراء عبدٍ غير معيَّن ، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكِّل ، فإنه يصح ويعتق عليه وإن تضرَّر به أيضاً ؛ لقرينة قصد الربح هنا ، ولتضرُّره في الثانية بانفساخ النكاح ، بخلاف الوكيل في شراء رقيقٍ مطلقٍ ؛ لِمَا مرَّ .

* * *

(١) في الأصل : (فخلطهما) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩٢) .
(٢) في الأصل : (بتوقيت) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٦) .

وَلَا يُسَافِرُ بِٱلْمَالِ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ . . . .

فإن كان شراؤه في الذمَّةِ . . وقع العقد للعامل وإن صرَّح بالسفارة للقراض ؛ إذ لا مصلحة فيه للقراض ، فيلزمه الثمن من ماله ، فإن أدَّاه من مال القراض . . ضمنه .

أما إذا اشترىٰ بإذنه . . فيصحُّ ويعتق على المالك في الأولىٰ إن لم يظهر في المال ربحٌ ، وارتفع القراض إن اشترىٰ بجميع المال ، وإلا . . فباقيه رأس مالٍ ، وكذا إن ظهر ؛ لأن العامل لا يملك حصَّته بالظهور ، ويغرم المالك نصيب العامل من الربح ، والحكم هٰكذا لو أعتق المالك عبداً من مال القراض ، وينفسخ النكاح في الثانية ، ولا يرتفع القراض مطلقاً .

* * *

وليس لكلٍّ من المالك والعامل ـ كما في « جواهر القمولي » ـ أن ينفرد بكتابة رقيق القراض[(١)] ، فلو كاتباه معاً . . صحَّ ، والنجوم قراضٌ ؛ لأنها بدل ماله .

فإن عتق وثَمَّ ربحٌ . . شارك العامل المالك في الولاء بحصَّة ماله من الربح ، وما يزيد من النجوم على القيمة ربحٌ ، فإن لم يكن ربحٌ . . فالولاء للمالك .

* * *

(**ولا يسافر بالمال من غير إذنٍ**) وإن أمن الطريق وظهرت مصلحةٌ ؛ لأن فيه خطراً وتعريضاً للتلف ، فلو خالف وسافر . . ضمنه ولو عاد من السفر .

نعم ؛ إن قارضه بمحلٍّ لا يصلح للإقامة ؛ كالمفازة واللُّجَّة . . جاز له السفر

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٨٦) .

فَإِنْ سَافَرَ بِٱلْإِذْنِ . . فَقَدْ قِيلَ : إِنَّ ٱلنَّفَقَةَ فِي مَالِهِ ، وَقِيلَ : عَلَىٰ قَوْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَنَّهَا فِي مَالِهِ ، وَٱلثَّانِي : فِي مَالِ ٱلْمُضَارَبَةِ ، وَأَيُّ قَدْرٍ يَكُونُ فِي مَالِ ٱلْمُضَارَبَةِ ؟ قِيلَ : . . . .

به إلىٰ مقصده المعلوم لهما ، ثم ليس له بعد/ ذٰلك أن يُحدِث سفراً إلا بإذنٍ جديدٍ ، قاله الأذرعي[1] ٤٥٩/ب

وإن تصرَّف في المحلِّ الذي سافر إليه . . صحَّ تصرُّفه بقيمة بلد القراض ، وبأكثر منها ، لا بدونها بقدرٍ لا يُتغابن بمثله ، ويستحقُّ العامل نصيبه من الربح وإن تعدَّىٰ بالسفر ؛ للإذن له في التصرُّف ، ويضمن الثمن وإن عاد الثمن من السفر ؛ لأن سبب الضمان ـ وهو السفر ـ لا يزول بالعَود .

* * *

وليس للعامل أن يتصدَّق من مال القراض ، ولا ينفق منه علىٰ نفسه حضراً .

(**فإن سافر بالإذن . . فقد قيل : إن النفقة [في] ماله**)[2] ؛ أي : العامل قطعاً كالحضر .

(**وقيل : علىٰ قولين**) وهٰذه الطريقة هي الصحيحة : (**أحدهما**) وهو الأصح : (**أنَّها [في] ماله**)[3] ؛ لِمَا مرَّ ، (**والثاني : في مال المضاربة**) لأن المالك حبسه عن التكسُّب بالسفر لأجل القراض ، بخلاف الحضر .

(**و**) علىٰ هٰذا القول : (**أي قدر يكون في مال المضاربة ؟ قيل**) وهو

---

(١) قوت المحتاج (٣/٣٧٦ ـ ٣٧٧) .

(٢) في الأصل : (من ماله) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) في الأصل : (من ماله) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

ٱلزَّائِدُ عَلَىٰ نَفَقَةِ ٱلْحَضَرِ ، وَقِيلَ : ٱلْجَمِيعُ وَإِنْ ظَهَرَ فِي ٱلْمَالِ رِبْحٌ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَنَّ ٱلْعَامِلَ لَا يَمْلِكُ حِصَّتَهُ إِلَّا بِٱلْقِسْمَةِ . . . .

الأصح : عليه (**الزائد علىٰ نفقة الحضر**) كالخفِّ والإداوة والكراء ؛ لأنه الذي يلزم المالك لأجل السفر ، ويُحسَب من الربح ، فإن لم يكن . . فهو خسرانٌ لَحِقَ المال .

(**وقيل : الجميع**) لأن سفره لأجل المال ، فأشبه أجرة الجمَّال .

* * *

ولا يسافر في البحر الملح إلا إن نصَّ عليه ، فلا يكفي فيه الإذن في السفر لخطره ، قال الأذرعي وغيره : (إلا إن عيَّن له بلداً ولا طريق له إلا البحر ؛ كساكن الجزائر التي يحيط بها البحر . . فإن له أن يسافر فيه وإن لم ينصَّ له عليه ، والإذن محمولٌ عليه)(١)

وخرج بـ (**الملح**) غيره كالنيل ، فله السفر فيه عند الإذن له في السفر وإن لم ينصَّ له عليه(٢)

[ما يملك به العامل حصَّته]

(**وإن ظهر في المال ربحٌ . . ففيه قولان ؛ أحدهما**) وهو الأصح : (**أن العامل لا يملك حصَّته إلا بالقسمة**) للمال ، ولكن إنَّما يستقر الملك إذا كان

---

(١) قوت المحتاج (٣/٣٧٧) .

(٢) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٠٩) : (والمراد بالبحر : الملح ؛ كما قاله الإسنوي ، قال الأذرعي : وهل يلحق به الأنهار العظيمة ؛ كالنيل والفرات ؟ لم أرَ فيه نصاً . انتهىٰ ، والأحسن أن يقال : إن زاد خطرها علىٰ خطر البرِّ . . لم يجز إلا أن ينصَّ له عليه ؛ كما قاله ابن شهبة) .

فَيَكُونُ ٱلْجَمِيعُ لِرَبِّ ٱلْمَالِ ، وَزَكَاتُهُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنَ ٱلْمَالِ ، وَٱلثَّانِي : أَنَّ ٱلْعَامِلَ يَمْلِكُ حِصَّتَهُ بِٱلظُّهُورِ ، وَيَجْرِي فِي حَوْلِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُخْرِجُ مِنْهُ ٱلزَّكَاةَ قَبْلَ ٱلْمُقَاسَمَةِ . . . .

المال ناضّاً بالفسخ معها ؛ لبقاء العقد قبل الفسخ مع عدم تنضيض المال ، حتىٰ لو حصل بعدها نقصٌ . . جُبِر بالربح المقسوم ، ويملكها ويستقرُّ ملكه لو نضَّ المال وفسخ العقد بلا قسمة [للمال][1] ؛ لارتفاع العقد [والوثوق بحصول رأس المال] ، ويستقرُّ ملكه أيضاً بنضوض رأس المال فقط واقتسام الباقي والفسخ لذٰلك ، وكالفسخ أخذُ المالك رأس المال .

وإذا لم يملكها إلا بشيءٍ ممَّا ذُكِر . . (**فيكون الجميع**) قبله (**لربِّ المال ، وزكاته عليه**) لبقاء ملكه ، (**وله أن يخرجها من المال**) لأنه ملكه ، وهي من الربح خاصَّة كالمؤَن .

* * *

(**والثاني : أن العامل يملك حصَّته بالظهور**) كربِّ المال ، وقياساً على المساقاة ، (و) **علىٰ هـٰذا** (**يجري في حوله**) من وقت الظهور (**إلا أنه لا يخرج منه الزكاة قبل المقاسمة**) بغير رضا ربِّ المال ؛ لأنه وقايةٌ لرأس المال ، **وأجاب الأوَّل** : بأنه لو ملك بالظهور . . لصار شريكاً في المال ، فيشيع النقص الحادث بعدُ في جميع المال أصلاً وربحاً ، فلَمَّا [انحصر][2] في الربح . . دلَّ علىٰ عدم الملك .

---

(١) في الأصل : (المال) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٨) .

(٢) في الأصل : (انحصروا) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٨) ، و« فتح الرحمٰن بشرح زبد ابن رسلان » (ص ٦٦٩) .

وَإِنِ ٱشْتَرَى ٱلْعَامِلُ أَبَاهُ وَلَمْ يَكُنْ فِي ٱلْمَالِ رِبْحٌ . . صَحَّ ٱلشِّرَاءُ . . . .

وفارق المساقاة : بأنه عقدٌ جائزٌ ، ولا ضبط [للعمل][1] فيه ، فلا يملك العوض إلا بتمام العمل كالجعالة .

❊ ❊ ❊

١/٤٦٠ لٰكن يثبت له / بظهور الربح حقٌّ مؤكدٌ يُورَث عنه ، ويُقدَّم به على الغرماء ، وعلىٰ مؤنة تجهيز المالك ؛ لتعلُّق حقِّه بالعين ، ويصح إعراضه عنه ، وله بعد ظهوره ترك العمل ، ويسعىٰ في التنضيض ؛ ليأخذ نصيبه من الربح ، ويغرم له المالك بإتلاف مال القراض ـ [بإعتاقٍ][2] وغيره ـ حصَّتَه من الربح ؛ لأنه ملكها بالإتلاف ، ولا يستقرُّ ملكه علىٰ حصَّته بقسمة المال عرضاً و[لو][3] فسخ العقد ؛ إذ لم يتم العمل ، ولا بقسمة الربح قبل الفسخ ؛ لبقاء العقد ، فيُجبَر بما أخذه نقصانٌ حدث ؛ كما عُلِم ممَّا مرَّ .

❊ ❊

(**وإن اشترى العامل**) من مال القراض (**أباه**) أو من يعتق عليه غير الأب ممَّن تقدَّم في حكم المالك[4] ، (**ولم يكن في المال ربحٌ . . صحَّ الشراء**) ولم يعتق عليه ، سواء أذن له في ذٰلك ربُّ المال أم لا ؛ لأنه سفيرٌ ؛ كالوكيل إذا اشترىٰ من يعتق عليه لموكِّله ، فلا ضرر فيه على المالك[5]

---

(١) في الأصل : (للعامل) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٨) .

(٢) في الأصل : (بإعتقا) ، والتصويب من هامش الأصل .

(٣) في الأصل : (له) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٨٨) .

(٤) انظر ما تقدم قريباً (٥/٢٨٦) .

(٥) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالحرم الشريف النبوي بالروضة الشريفة) .

وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ . . فَقَدْ قِيلَ : لَا يَصِحُّ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ وَيَعْتِقُ عَلَيْهِ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ وَلَا يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ سِلْعَةً بِثَمَنٍ فِي ٱلذِّمَّةِ ، وَهَلَكَ ٱلْمَالُ قَبْلَ أَنْ يَنْقُدَ ٱلثَّمَنَ . . لَزِمَ رَبَّ ٱلْمَالِ ٱلثَّمَنُ ، وَقِيلَ : يَلْزَمُ ٱلْعَامِلَ .

(وإن كان فيه ربحٌ . . فقد قيل : لا يصح) في قدر حصَّته من الربح ؛ لأنه لو صحَّ . . لملك حصَّته منه ، فيعتق عليه ، فيؤدِّي إلىٰ تنجيز حقِّه قبل المالك ، وهو ممتنعٌ ، فمُنِع ما يؤدِّي إليه .

(وقيل : يصح ، ويعتق عليه) كأحد الشريكين إذا اشترىٰ من يعتق عليه .

(وقيل) وهو الأصح : **(يصح ، ولا يعتق عليه)** لضعف ملكه .

وهٰذا الخلاف مفرَّعٌ ـ كما صرَّح به الرافعي وغيره [٦] ـ على القول بالملك بالظهور ، فإن فرَّعنا على الآخر ؛ وهو : أنه لا يملك إلا بالقسمة ـ أي : مع ما تقدَّم ـ . . صحَّ وجهاً واحداً .

* * *

(وإن اشترىٰ سلعةً بثمنٍ في الذمَّة) بقدر رأس المال **(وهلك المال قبل أن ينقد الثمن)** وبعد العقد . . **(لزم رب المال الثمن)** لأن العقد صحَّ ، والملك فيه لربِّ المال ، فأشبه نظيره من الوكالة .

(وقيل) وهو الأصح وصحَّحه النووي في « تصحيحه » وهو ظاهر نصِّه في « البويطي » : **(يلزم العامل)** [٧] ؛ كما لو أفسد الأجير الحج . . فإنه ينقلب إليه ؛ لكونه خلاف المأذون فيه .

---

(٦) الشرح الكبير (٦/٢٦) .

(٧) تصحيح التنبيه (١/٣٧٠) ، مختصر البويطي (ص ٧٠١) .

وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفَيْنِ ، فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ ٱلتَّصَرُّفِ . . تَلِفَ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، وَٱنْفَسَخَتْ فِيهِ ٱلْمُضَارَبَةُ ، وَإِنْ تَلِفَ بَعْدَ ٱلتَّصَرُّفِ وَٱلرِّبْحِ . . تَلِفَ مِنَ ٱلرِّبْحِ ، وَلَمْ تَنْفَسِخِ ٱلْمُضَارَبَةُ فِيهِ . وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ بِهِمَا عَبْدَيْنِ ، فَتَلِفَ أَحَدُهُمَا . . فَقَدْ قِيلَ : يَتْلَفُ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ ، وَقِيلَ : يَتْلَفُ مِنَ ٱلرِّبْحِ ، وَهُوَ ٱلْأَصَحُّ . . . .

(**وإن دفع إليه ألفَينِ ، فتلف أحدهما**) أو شيءٌ منهما (**قبل التصرُّف**) أي : [بالبيع أو] الشراء . . (**تلف من رأس المال ، وانفسخت فيه المضاربة**) لأن العقد لم يتأكَّد بالعمل ؛ كما لو تلف قبل القبض ، فيكون رأس المال ألفاً في الصورة الأولىٰ ، والباقي في الصورة الثانية .

(**وإن تلف بعد التصرُّف والربح**) بأن اشترىٰ بهما شيئاً وباعه بربحٍ وقبض ثمنه ، ثم تلف شيءٌ من عين المال بآفةٍ سماويةٍ كحرقٍ ، أو بجنايةٍ نحو غصبٍ وسرقةٍ مع تعذُّر أخذه أو أخذ بدله . . (**تلف من الربح ، ولم تنفسخ المضاربة فيه**) لأن الربح وقايةٌ لرأس المال .

❊

(**وإن اشترىٰ بهما عبدَينِ فتلف أحدهما . . فقد قيل : يتلف من رأس المال**) وتنفسخ المضاربة فيه ؛ لأنهما قاما مقام ألفَينِ ، فتلَفُ أحدِهما كتلف ألفٍ .

(**وقيل : يتلف من الربح ، وهو الأصح**) لِمَا سلف .

وخرج بـ (**تلف بعضه**) : تلفُ كلِّه ؛ فإن القراض يرتفع سواء أكان التلف بآفةٍ أم بإتلاف المالك أم العامل / أم أجنبيٍّ ، لـٰكن يستقرُّ نصيب العامل من الربح ٤٦٠/ب

في الثانية ، ويبقى القراض في البدل إن أخذه في الرابعة ، وبحث الشيخان في الثالثة بعد نقلهما ما ذُكِر فيها عن الإمام : أن العامل كالأجنبي [١] ، وبه صرَّح المتولي [٢] ، وفرق **الأول** : بأن للعامل الفسخ ، فجعل إتلافه فسخاً كالمالك ، بخلاف الأجنبي ، ولكلٍّ من المالك والعامل المخاصمة إن كان في المال ربحٌ ، وإلا . . فالمالك فقط .

والنقص الحاصل بالرخص محسوبٌ من الربح ما أمكن ، ومجبورٌ به ؛ لاقتضاء العرف ذٰلك ، وأُلحِق به النقص الحاصل بالعيب الحادث .

* * *

وللمالك ما حصل من مال القراض ؛ كثمرٍ ونتاجٍ وكسبٍ ومهرٍ ، وغيرها من سائر الزوائد العينية الحاصلة بغير تصرُّف العامل ؛ ككسب الرقيق ، وولد الجارية الرقيق ؛ لأنه ليس من فوائد التجارة ، بخلاف غير العينية ؛ كسِمَنٍ وتعلُّمِ صنعةٍ . . فهو مال قراضٍ ، وكذا العينية الحاصلة بتصرُّف العامل ؛ بأن اشتراها مع أصلها .

* * *

ويحرُم علىٰ كلٍّ من المالك والعامل وطءُ جارية القراض ، سواء أكان في المال ربحٌ أم لا ؛ إذ لا يتحقَّق انتفاء الربح في المتقوِّمات إلَّا بالتنضيض ، وتزويجُها ؛ لأنه ينقصها فيضرُّ الآخر ، وليس وطء المالك فسخاً للقراض ، ولا

---

(١) الشرح الكبير (٦/٣٨) ، روضة الطالبين (٣/٧٥٨) ، نهاية المطلب (٧/٥٥٠) .
(٢) انظر « روضة الطالبين » (٣/٧٥٨) .

وَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْعَامِلِ فِيمَا يَذْكُرُ أَنَّهُ ٱشْتَرَاهُ لِلْمُضَارَبَةِ أَوْ لِنَفْسِهِ . . . .

موجباً حدّاً ولا مهراً ، واستيلاده لها كعتقه لها ؛ فينفذ ويغرم للعامل حصَّته من الربح إن كان في المال ربحٌ .

وأما العامل ؛ فإن وطئها عالماً بالتحريم ولا ربح . . حُدَّ لعدم الشبهة ، وإلا . . فلا حدَّ للشبهة ، ويثبت عليه المهر ، ويُجعَل في مال القراض ؛ كما قاله الشيخان (١)

قال بعض المتأخِّرين : وهـٰذا إنَّما يأتي علىٰ طريقة الإمام ، لا علىٰ طريقة الجمهور ؛ من أن مهر الإماء يختصُّ به المالك ؛ كما مرَّ .

وأُجيب : بأن وطء العامل كالتصرُّف في مال القراض ؛ فالمهر كالربح ، بخلاف وطء الأجنبي .

[اختلاف المالك والعامل]

(**والقول قول العامل فيما يذكر أنه اشتراه للمضاربة**) وإن حصل فيه خسرانٌ ، (**أو لنفسه**) وإن حصل فيه ربحٌ ؛ لأنه أعرف بقصده ، ولأنه في الثانية في يده ، والغالب وقوع الأول عند ظهور الخسران ، والثاني عند ظهور الربح .

فلو أُقِيمت بينةٌ للمالك فيما إذا قال : (اشتريته لنفسي) بشرائه بمال القراض . . لم يُحكَم بها للقراض ، فيبطل العقد ؛ لأنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدواناً ، وهـٰذا أحد وجهين صرَّح بتصحيحه الماوردي والشاشي

(١) الشرح الكبير (٦/٣٦) ، روضة الطالبين (٣/٧٥٧) .

وَفِيمَا يَدَّعِي مِنْ هَلَاكٍ وَيُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ . . . .

[والفارقي][(١)] وغيرهم[(٢)] ، وجزم به ابن المقري ، وهو المعتمد[(٣)] ، خلافاً لِمَا جرىٰ عليه صاحب « الأنوار » من ترجيح الوجه الآخر ؛ وهو الحكم بها ، فلا يبطل العقد[(٤)] .

* * *

(وفيما يدَّعي من هلاكٍ ويُدَّعىٰ عليه من [خيانةٍ])[(٥)] ؛ كالوكيل ، فإن أسند الهلاك إلىٰ سببٍ . . فكما مرَّ في (الوديعة)[(٦)] ، وفي عدم نهي المالك له عن شراء ما اشتراه ؛ [بأن][(٧)] وافقه على الإذن في شرائه ثم قال : (نهيتك عن شرائه بعد الإذن)/ لأن الأصل : عدم النهي وعدم [الخيانة][(٨)] . ١/٤٦١

* * *

---

(١) في الأصل : (والعراقي) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣٩١/٢) ، و« مغني المحتاج » (٤١٣/٢) .

(٢) الحاوي الكبير (١٥٢/٩) ، وانظر « تحرير الفتاوي » (٢٤٦/٢) .

(٣) روض الطالب (٤١٨/١) ، ومثله في « مغني المحتاج » (٤١٤/٢) قال : (والثاني ـ وهو عدم الحكم بها ـ : أَوجَهُ ؛ كما اعتمده شيخي) .

(٤) الأنوار لأعمال الأبرار (١١١/٢) ، وهو ما قاله إمام الحرمين رحمه الله تعالىٰ ؛ كما في « تحفة المحتاج » (١٠٣/٦) ، قال : (وقد يجمع بحمل ما قاله الإمام علىٰ ما إذا نوىٰ نفسه ولم ينفسخ القراض ، ومقابله علىٰ ما إذا فسخ ، وحينئذ : فالذي يتجه سماع بينة المالك ، ثم يسأل العامل ؛ فإن قال : (فسخت) . . حكم بفساد الشراء ، وإلا . . فلا) .

(٥) في الأصل : (جناية) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٦) انظر ما تقدم (١٢٣/٥) .

(٧) في الأصل : (فإن) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣٩١/٢) .

(٨) في الأصل : (الجناية) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣٩١/٢) .

ولو أخذ العامل ما لا [1] يمكنه القيام به ، فتلف بعضه . . ضمنه ؛ لأنه فرَّط بأخذه ، ويجيء ذٰلك في الوكيل والمودَع والوصي وغيرهم من الأمناء ، قاله الزركشي [2] .

وإن قال العامل : (قارضتني) ، فقال المالك : (بل وكَّلتك) . . صُدِّق المالك بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم مقابلة العمل بشيءٍ ، ولا أجرة للعامل .

ويُصدَّق المالك أيضاً : فيما لو قال العامل بعد تلف المال في يده : (قارضتني) ، وقال المالك : (بل أقرضتك) لأنهما اتفقا علىٰ تلف المال في يد العامل ، وهو يدَّعي عدم الضمان ، **والأصل** : الضمان ، فلا يُقبَل إلا ببينةٍ في مال الغير ، وهٰذا ما جزم به ابن المقري ، **وهو المعتمد** [3] ، خلافاً لِمَا أفتىٰ به ابن الصلاح تبعاً للبغوي ؛ من أن المُصدَّق العامل ؛ لأنهما اتفقا علىٰ جواز التصرُّف ، **والأصل** : عدم الضمان [4] .

* * *

(١) في الأصل : (مالاً لا) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩١) .
(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٩١) .
(٣) روض الطالب (١/٤١٨) ، وقول الشارح هٰذا تبعاً لشيخه الشهاب الرملي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ أسنى المطالب » (٢/٣٩٢) ، ووفاقاً للشمس الرملي رحمه الله تعالىٰ في « نهاية المحتاج » (٥/٢٤٣) .
(٤) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٢٥) ، التهذيب (٤/٣٩٩ ـ ٤٠٠) ، وظاهر كلام ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالىٰ في « تحفة المحتاج » (٦/١٠٤ ـ ١٠٥) اعتماد كلام ابن الصلاح والبغوي رحمهما الله تعالىٰ ، ثم قال : (وجمع بعضهم : بحمل الأوَّل علىٰ ما إذا كان التَّلف قبل التصرف ؛ لأنهما حينئذٍ اتَّفقا على الإذن واختلفا في شغل الذِّمة ، **والأصل** : براءتها ، ←

وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي رَدِّ رَأْسِ ٱلْمَالِ . . فَقَدْ قِيلَ : ٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَقِيلَ : ٱلْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ ٱلْمَالِ وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ ٱلرِّبْحِ ٱلْمَشْرُوطِ . . تَحَالَفَا . . . .

(**وإن اختلفا في ردِّ رأس المال . . فقد قيل**) وهو الأصح : (**القول قوله**) أي : العامل بيمينه ؛ لأن المالك ائتمنه ، فهو كالمودَع .

(**وقيل : القول قول ربِّ المال**) كما لو ادَّعى المرتهن الردَّ وأنكره الراهن ، وفرق **الأول** : بأن المرتهن قبض العين لمنفعته ، والعامل قبض لمنفعة المالك ، وانتفاعه إنَّما هو بالعمل .

* * *

ويُصدَّق العامل بيمينه في قوله : (لم أربح) ، أو : (لم أربح إلا كذا) لأن الأصل معه ، فلو أقرَّ بربح ثم ادَّعىٰ غلطاً في الحساب ، أو كذباً ؛ كأن قال : (تبيَّنتُ أنْ لا ربحَ) ، أو : (كذبتُ فيما قلتُ ؛ خوفاً من انتزاع المال من يدي) . . لم يُقبَل قوله ؛ لأنه رفعٌ للإقرار ، وهل له تحليف المالك أو لا ؟ **وجهان** ؛ جزم بالأول ابن سريج وابن خيران [(١)]

قال الماوردي : (**ومحلُّ الوجهين** : إذا لم يذكر شبهةً ، وإلا . . فله ذٰلك قطعاً) [(٢)]

فإن ادَّعىٰ بعد ذكر الكذب أو بعد إخباره بالربح خسارةً ممكنةً ؛ كأن عرض

← وحمل الثاني علىٰ ما إذا كان بعد التصرف ؛ لأن الأصل في التصرف في مال الغير : أنه يضمن ما لم يتحقق خلافه ، **والأصل** : عدمه ، أما قبل التلف . . فيصدق المالك ؛ لأن العامل يدعي عليه الإذن في التصرف ، وحصته من الربح ، **والأصل** : عدمهما) .

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/١٥٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/١٥٦) .

وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِ رَأْسِ ٱلْمَالِ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْعَامِلِ . . . .

كسادٌ أو تلفٌ للمال . . صُدِّق بيمينه ؛ لِمَا مرَّ ، وهو علىٰ أمانته ؛ لأنه لم يتعدَّ في المال .

* * *

(**وإن اختلفا في قدر الربح المشروط**) كأن قال العامل : (شرطتَ لي النصف) ، وقال المالك : (بل الثلث) . . (**تحالفا**) كاختلاف المتبايعَين في قدر الثمن ، وللعامل أجرة المثل لعمله ، وللمالك الربح ، وهل ينفسخ العقد بالتحالف أم بالفسخ ؟ حكمه حكم [البيع][1] ؛ كما في « الروضة » عن « البيان »[2]

ولو كان القراض لمحجورٍ عليه ، ومُـدَّعى العامل دون الأجـرة . . فلا تحالف ؛ كنظيره من الصَّداق .

* * *

(**وإن اختلفا في قدر رأس المال**) أو جنسه أو صفته . . (**فالقول قول العامل**) بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم دفع الزائد علىٰ ما [قاله][3] ، فلو قارض المالك شخصَينِ ، وشرط لهما نصف الربح بالسوية ، وأحضرا ثلاثة آلافٍ ، فقال المالك : (رأس المال ألفان) وصدَّقه أحدهما ، وقال الآخر : (ألفٌ) . .

---

(١) في الأصل : (المبيع) ، والتصويب من « البيان » ، و« روضة الطالبين » .

(٢) البيان (٥/٣٦٤) ، روضة الطالبين (٣/٧٦٣) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤١٤) : (فلا ينفسخ بالتحالف ، بل يفسخانه أو أحدهما أو الحاكم ؛ كما في زيادة « الروضة » عن « البيان » وإن أشعر كلام المصنف بأنه ينفسخ بمجرد التحالف ، وصرَّح به الروياني) .

(٣) في الأصل : (أقاله) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩١) .

وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْسَخَ ٱلْعَقْدَ مَتَىٰ شَاءَ ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا ، أَوْ جُنَّ ، . . . .

حلف أنه ألفٌ ، وله خمس مئةٍ ؛ لأنها نصيبه/ بزعمه ، وللمالك ألفان عن رأس المال ؛ لاتفاقه مع المصدِّق عليه ، وثلثا خمس مئةٍ عن الربح ، والباقي منها للمصدِّق ؛ لاتفاقهم علىٰ أن ما يأخذه المالك من الربح مِثْلَا ما يأخذه كلٌّ من العاملين ، وما أخذه المنكر كالتالف . ١٦١/ب

ولو أحضرا ألفين . . أخذ المنكر ربع الألف الزائد علىٰ ما أقرَّ به ؛ لأنه نصيبه بزعمه ، والباقي ـ وهو ألفٌ وسبع مئةٍ وخمسون ـ يأخذه المالك ، ولا شيء للمصدِّق .

* * *

ولو اشترىٰ بألفين لمقارضَين له عبدَين ، فاشتبها عليه . . وقعا له ؛ كما صرَّح به ابن أبي عصرون [١] ، وجزم به ابن المقري [٢] ، وغرم لهما الألفين ؛ لتفريطه بعدم الإفراد ، لا قيمتهما .

وقيل : يُباع العبدان ويُقسَم الثمن بينهما ؛ فإن حصل ربحٌ . . فهو بينهم بحسب الشرط ، أو خسرانٌ . . ضمنه ما لم يكن لانخفاض السوق .

[فسخ عقد القراض وانفساخه]

(ولكل واحدٍ منهما أن يفسخ العقد متىٰ شاء ، وإن مات أحدهما أو جُنَّ

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٩٣) .

(٢) روض الطالب (١/٤١٩) .

أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ . . ٱنْفَسَخَ ٱلْعَقْدُ ، وَإِذَا فُسِخَ وَهُنَاكَ عَرْضٌ وَتَقَاسَمَاهُ . . جَازَ ، وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا ٱلْبَيْعَ . . لَزِمَهُ بَيْعُهُ . . . .

أو أُغمِي عليه . . انفسخ العقد) كالوكالة ؛ لِمَا مرَّ أنه توكيلٌ وتوكُّلٌ [(١)]

وينفسخ أيضاً بقول المالك للعامل : (لا تتصرَّف) ، واسترجاعه المال ـ بخلاف استرداد الموكِّل ما وكَّل في بيعه ـ وبإعتاقه واستيلاده له ، لا ببيع ما اشتراه العامل للقراض ، ولا بحبسه العامل ومنعه التصرُّف ؛ لعدم دلالة ذٰلك على الفسخ ، بل بيعه إعانةٌ للعامل ، بخلاف بيع الموكِّل ما وكَّل في بيعه ، وإنكارُ المالك القراض عزلٌ ؛ كما رجَّحه النووي [(٢)]

واستشكله الإسنوي وقال : (ينبغي أن يكون كإنكار الوكالة ، فيفرق بين كونه لغرضٍ أو لا) انتهىٰ [(٣)]

وأُجيب عنه : بأن صورة ذٰلك في الوكالة : أن يُسأَل عنها المالك فينكرها ، وصورته في القراض : أن ينكره ابتداءً ، حتىٰ لو عكس . . انعكس الحكم .

❊ ❊ ❊

(**وإذا فسخ**) العقد (**وهناك عَرْض وتقاسماه . . جاز**) لأن الحقَّ لهما لا يَعْدوهما ، (**وإن طلب أحدهما البيع**) لقدر رأس المال ؛ فإن طلبه المالك من العامل . . (**لزمه بيعه**) بأن يُنضِّضه علىٰ صفته وإن كان قد باعه بنقدٍ علىٰ غير

---

(١) انظر ما تقدم (٥/٢٦٦) .

(٢) روضة الطالبين (٣/٧٦٢) .

(٣) المهمات (٦/١١٥) .

وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ دَيْنٌ . . لَزِمَ ٱلْعَامِلَ أَنْ يَتَقَاضَاهُ . . . .

صفته أو لم يكن ربحٌ ؛ لأنه في [عهدته][1] ردَّ رأس المال كما أخذه ، ولا يُمهَل بالتنضيض إلىٰ زمن الغلاء ؛ لأن حقَّ المالك معجَّلٌ .

وخرج بـ (**قدر رأس المال**) : الزائد عليه ، فلا يلزمه تنضيضه ؛ كعرضٍ اشترك فيه اثنان . . لا يُكلَّف واحدٌ منهما بيعه .

نعم ؛ لو نقص الباقي [بالتبعيض][2] كعبدٍ . . قال في « المطلب » : (**فالذي يظهر** : وجوب تنضيض الكل)[3] .

فلو قال العامل للمالك : (تركتُ حقِّي لك ، فلا تكلِّفني البيع) . . لم تلزمه الإجابة .

وإن طلبه العامل وهناك ربحٌ أو لم يكن ولٰكن توقَّعه في البيع . . فله بيعه ، ولو قال المالك : (لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلَين) ، أو قال : (أُعطيك نصيبك من الربح ناضّاً) ولم يزد راغبٌ فيها . . أُجيب ؛ لأنه إذا جاز للمعير / أن يتملَّك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر . . فالمالك هنا أَولىٰ ، فلو حدث غلاءٌ بعد الرضا بأخذ المالك العروض . . لم يؤثِّر ، فليس للعامل فيها نصيبٌ ؛ لظهوره بعد الفسخ . ١/٤٦٢

* * *

(**وإن كان هناك دَينٌ**) وطلب المالك استيفاءه . . (**لزم العامل أن يتقاضاه**)

---

(١) في الأصل : (عهدة) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٤٣) .
(٢) في الأصل : (بالتنضيض) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩٠) .
(٣) المطلب العالي (ق ١٢/٢٣٢) مخطوط .

جميعه وإن زاد علىٰ قدر رأس المال ؛ كما صرَّح به ابن أبي عصرون [ليَنِضَّ][1] ، ويفارق المسألة قبلها : بأن المال فيها حاصلٌ بيده ، بخلاف الدَّين ، أما إذا لم يطلب المالك منه ذٰلك . . فلا يلزمه تنضيضٌ ولا استيفاءٌ ، إلَّا أن يكون لمحجورٍ عليه وحظُّه فيه .

* * *

ولو مات المالك أو جُنَّ أو أُغمِي عليه ، والمال عَرْضٌ . . فللعامل التنضيض والتقاضي بغير إذن الورثة في الأولىٰ ، أو الولي في الثانية والثالثة ؛ اكتفاءً بإذن العاقد ؛ كما في حال الحياة ، بخلاف ما لو مات العامل . . فإنه لا يملك ورثته البيع بدون إذن المالك ؛ لأنه لم يرضَ بتصرُّفهم ، فإن امتنع من الإذن . . تولَّاه أمينٌ من جهة الحاكم ، ولا يُقرِّر ورثة المالك العاملَ على العرض ؛ كما لا يُقرِّر المالك ورثةَ العامل عليه ؛ لأن ذٰلك ابتداء قراضٍ ، وهو لا يجوز على العرض ، فإن نضَّ المال ولو من غير جنس رأس المال . . جاز تقرير الجميع ، فيكفي أن يقول ورثة المالك للعامل : (قرَّرناك علىٰ ما كنت عليه) فيقبل ، أو يقول المالك لورثة العامل : (قرَّرتكم علىٰ ما كان أبوكم عليه) فيقبلون .

وكـ (قررت) : (تركت) و(أبقيت) وغيرهما من ألفاظ الباب .

[حكم أخذ المالك بعض مال القراض]

ولو أخذ المالك بعض مال القراض قبل ظهور ربحٍ وخسرانٍ . . رجع رأس المال للباقي بعد المأخوذ ؛ لأنه لم يترك في يده غيره ، فصار كما لو أعطاه له

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٩٠) .

ابتداءً ، أو أخذ بعضه بعد ظهور ربحٍ . . فالمأخوذ ربحٌ ورأس مالٍ على النسبة الحاصلة من مجموعهما ، فلا يُجبَر بالربح خسرانٌ يقع بعده ، مثاله : المال مئةٌ ، والربح عشرون ، وأخذ عشرين ، فسدسها ـ وهو ثلاثةٌ وثلثٌ ـ من الربح ؛ لأن الربح سدس المال ، فيستقرُّ للعامل المشروط له منه ؛ وهو واحدٌ وثلثان إن شرط له نصف الربح ، حتىٰ لو عاد ما بيده إلىٰ ثمانين . . لم يسقط ما استقرَّ له ، فعُلِم أن باقي المأخوذ ـ وهو ستةَ عشرَ وثلثان ـ من رأس المال ، فيعود إلىٰ ثلاثةٍ وثمانين وثلث .

هٰذا إن أخذ بغير رضا العامل ، أو برضاه وصرَّحا بالإشاعة أو أطلقا ؛ فإن قصدا الأخذ من رأس المال . . اختصَّ به ، أو من الربح . . فكذٰلك ، لٰكن يملك العامل ممَّا بيده قدرَ حصَّته على الإشاعة ؛ كما نبَّه علىٰ ذٰلك في « المطلب »[1]

* * *

أو أخذ بعضه بعد ظهور خسرانٍ . . فهو موزَّعٌ على المأخوذ والباقي ، فلا يلزم جبر حصَّة المأخوذ لو ربح بَعْدُ[2] ، مثاله : المال مئةٌ ، والخسران عشرون ، وأخذ عشرين ، فحصَّتها من الخسران ربعه ، فكأنه أخذ / خمسةً وعشرين ، ٤٦٢/ب فيعود رأس المال إلىٰ خمسةٍ وسبعين ، حتىٰ لو بلغ ثمانين . . لم يأخذ المالك الجميع ، بل تُقسَم الخمسة بينهما نصفَينِ إن [شرطا][3] المناصفة .

* * *

---

(١) المطلب العالي (ق ١٢/٢٣٦) مخطوط .

(٢) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمدينة المنورة برباط العجمي) .

(٣) في الأصل : (شرط) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٤٣) .

فَإِنْ قَارَضَ فِي ٱلْمَرَضِ . . ٱعْتُبِرَ ٱلرِّبْحُ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ وَإِنْ زَادَ عَلَىٰ أُجْرَةِ ٱلْمِثْلِ وَإِنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ . . قُدِّمَ حَقُّ ٱلْعَامِلِ عَلَىٰ سَائِرِ ٱلْغُرَمَاءِ .

(**فإن قارض في المرض . . اعتُبِر [الربح] من رأس المال وإن زاد**) ما شرط للعامل (**علىٰ أجرة المثل**) ولا يُحسَب ما زاد عليها من الثلث ، بخلاف المساقاة ؛ فإنه يُحسَب فيها ذٰلك ، **وفرق** : بأن النماء فيها من عين المال ، لا من العمل ؛ بدليل حصولها من غير عملٍ ، فأشبهت منفعة الدار ، بخلافه في القراض ؛ لأن الربح ليس من ماله ، وإنَّما حصل بعمل العامل (١)

* * *

(**وإن مات**) المالك (**وعليه دَينٌ . . قُدِّم حقُّ العامل علىٰ سائر الغرماء**) وإن قلنا : لا يملكه بالظهور ؛ لتعلُّق حقِّه بالعين ، فأشبه المرتهن ، قال ابن الرفعة عن « البحر » : (وليس للوارث أن يلزم العامل أخذ حقِّه من غيرها) (٢)

خاتمة

[فيما لو جنىٰ عبد القراض فهل للعامل أن يفديه ؟]

لو جنىٰ عبدُ القراض . . هل يفديه العامل من مال القراض ـ كالنفقة عليه ـ أو لا ؟ **وجهان** ؛ رجَّح بعض المتأخِّرين الثاني (٣)

---

(١) عبارة المصنف رحمه الله تعالىٰ في « المهذب » (١/٥٠٩) : (لأن الذي يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله ، والربح ليس من ماله ، وإنما يحصل بكسب العامل ؛ فلم يُعتبَر من الثلث) .

(٢) كفاية النبيه (١١/١٤٩) ، بحر المذهب (٩/٢٢٢ ـ ٢٢٣) .

(٣) وفاقاً لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري رحمه الله تعالىٰ في « أسنى المطالب » (٢/٣٩٣) ، ومثله في « مغني المحتاج » (٢/٤١٤) وعبارته : (ولو جنىٰ عبد القراض . . فداه المالك ←

ولو اشترى العامل ولو ذمِّياً خمراً أو أمَّ ولدٍ أو نحوهما ممَّا يمتنع بيعه ، وسلَّم الثمن للبائع . . ضمن ، سواء أكان عالماً أم جاهلاً ؛ لأن الضمان لا يختلف بالعلم والجهل .

* * *

وإن قُتِل عبدُ القراض وقد ظهر في المال ربحٌ . . فالقصاص مشتركٌ بينهما ، فليس لأحدهما الانفراد به ، فإن عفا العامل عن القصاص . . سقط ، ووجبت القيمة ؛ كما لو عفا المالك .

قال ابن المقري : (وفيه إشكالٌ)[1] ؛ أي : في كلٍّ من الحكمين ؛ لأنه إنَّما يأتي على القول بأن العامل يملك الربح بالظهور ، لا على القول بأنه لا يملك به .

وأُجيب : بأنه وإن لم يملكه به ثبت له به في المال حقٌّ مؤكَّدٌ ؛ كما مرَّ[2] ، والقصاص مبنيٌّ على الدَّرءِ ؛ كما سيأتي[3]

* * *

من مال نفسه لا من مال القراض ؛ كما لو أبق فإن نفقة ردّه على المالك وإن كان في المال ربح ؛ بناءً على أن العامل إنما يملك حصته بالقسمة ، فإن قلنا : بالظهور . . فعليهما الفداء) ، وخالف في ذلك شيخَه الشهاب الرملي رحمه الله تعالى في « حاشيته على أسنى المطالب » (٢/٣٩٣) ، وابنه الشمس الرملي رحمه الله تعالى في « نهاية المحتاج » (٥/٢٤٤) حيث اعتمدا فداءه من مال القراض .

(١) روض الطالب (١/٤١٧) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٢٩١) .

(٣) انظر ما سيأتي (٩/١١٠) .

بابُ العبد المأذون له

إِذَا كَانَ ٱلْعَبْدُ بَالِغاً رَشِيداً . . جَازَ لِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . . .

(باب) بيان معاملة الرقيق (العبد) أو الأمة (المأذون له)

ذكر الشافعي هٰذا الباب قبل (السَّلَم) ، وترجم له بـ (مداينة العبيد) وتبعه الرافعي[(١)] ، وذكره الشيخ هنا ؛ لمشاركته القراض في اتِّحاد المقصود ؛ وهو تحصيل الربح بالإذن في التصرُّف .

قال الإمام : (**تصرُّفات الرقيق ثلاثة أقسامٍ** : ما لا ينفذ وإن أذن فيه السيد ؛ كالولايات والشهادات ، وما ينفذ بغير إذنه ؛ كالعبادات والطلاق والخلع ، وما يتوقَّف علىٰ إذنه ؛ كالبيع والإجارة)[(٢)] ، وهٰذا هو مقصود الباب .

* * *

وقد شرع الشيخ في بيان ذٰلك فقال : (إذا كان العبد) قال ابن حزم : (لفظ العبد يتناول الأمة)[(٣)] ، **(بالغاً رشيداً . . جاز للمولى)** الذي يصح تصرُّفه **(أن يأذن له في التجارة)** بالإجماع ؛ كما نقله الرافعي ؛ لصحَّة عبارته ، وارتفاع المانع من جهة السيد ، ولا يُشترَط قَبول الرقيق .

---

(١) الشرح الكبير (٤/٣٦٥) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ٨٩) .

(٢) نهاية المطلب (٦/٤٣١) .

(٣) المحلىٰ (٨/٤٢٤) .

واحترز بـ (البالغ) عن الصبي ، وبـ (الرشيد) ـ والمراد به : من يصح تصرُّفه ؛ ليدخل في ذٰلك السفيه المهمل ـ [عن] غيره [1]

وبـ (الإذن) : [عمَّا] [2] لو نهاه عن التصرُّف أو سكت عنه ، فلا يصح تصرُّفه في ماليّ / بنحو بيعٍ واقتراضٍ وشراءٍ بغير إذنٍ كنكاحه . 1/463

وقولُ الزركشي وغيره : (**قد يُستثنَىٰ من ذٰلك** : ما لو باع المأذونَ مع ماله . . فإنه لا يُشترَط تجديد إذنٍ من المشتري **على الأظهر** في « النهاية » ؛ كما قاله ابن الرفعة) [3] ؛ أي : لأن علم المشتري بأن العبد مأذونٌ له منزلٌ منزلة إذنه في بيع المال الذي اشتراه معه . . ضعيفٌ ؛ لأن بيعَ السيِّدِ الرقيقَ المأذونَ . . حجرٌ له ؛ كما سيأتي [4] ، وسكوت المشتري لا يكفي ؛ كما مرَّ .

* * *

فيردُّ المبيع أو نحوه ، سواء أكان بيده أم بيد سيِّده لمالكه ؛ لأنه لم يخرج عن ملكه ، ولو أدَّى الثمن من مال سيده . . استردَّ أيضاً .

فإن تلف في يد الرقيق . . ضمنه في ذمَّته ، فيطالب به بعد العتق ؛ لأنه ثبت برضا مستحقِّه ولم يأذن فيه السيِّد ، فلا ضمان على السيد ، سواء أرآه في يد العبد فتركه أم لا ؟

---

(1) في الأصل : (وغيره) ، والتصويب من سياق العبارة .

(2) في الأصل : (ما) ، والتصويب من سياق العبارة .

(3) انظر « أسنى المطالب » (2/110) .

(4) انظر ما سيأتي (5/317) .

وَمَا يَكْسِبُهُ يَكُونُ لِمَوْلَاهُ . . . .

[ضابط تعلُّق الحقوق بالرقيق]

وضابط تعلُّق الحقوق بالرقيق : أنها إن ثبتت بغير اختيار أربابها ؛ كإتلافٍ وتلفٍ بغصبٍ . . تعلَّقت برقبته ، أو باختيارهم ؛ كما في المعاملات ؛ فإن كان بغير إذن سيده . . تعلَّقت بذمَّته ، يتبع بها بعد عتقه ، أو بإذنه . . تعلَّقت بذمَّته وكسبه ومال تجارته .

أو تلف في يد سيده[1] . . ضمَّن المالك أيَّهما شاء ؛ لوضع يدهما عليه بغير حقٍّ ، ولٰكن الرقيق إنَّما يُطالَب بعد عتقه كله أو بعضه ؛ لأنه لا مال له قبل ذٰلك .

❊ ❊ ❊

(**وما يكسبه**) الرقيق (**يكون لمولاه**) لأنه كسْبُ ماله ، ولو قَبِل الرقيقُ ولو سفيهاً هبةً أو وصيةً بلا إذنٍ . . صحَّ وإن نهاه سيده عن القَبول ؛ لأنه اكتسابٌ لا يعقب عوضاً كالاحتطاب ، ودخل ملكَ السيِّد قهراً ؛ كعوض الخلع بغير إذنه ، وسُلِّم المال له لا للرقيق .

نعم ؛ إن كان الموهوب له أو المُوصَىٰ به بعضاً للسيِّد تجب عليه نفقته حال القَبول لنحو زمانةٍ أو صغرٍ . . لم يصح القَبول .

فَرْعٌ

[في معاملة من جُهِلَ رقُّه ومن جُهِل إذن سيده له]

إذا لم يُعرَف رقُّ شخصٍ . . فلنا معاملته ؛ **إذ الأصل والغالب في الناس** :

---

(١) معطوف علىٰ قوله : (فإن تلف في يد الرقيق) .

الحرية ، فإن علمنا رقَّه . . لم يجز لنا معاملته ؛ حفظاً لمالنا حتىٰ نعلم الإذن له ؛ بسماع سيده ، أو بينةٍ ، أو شيوعٍ بين الناس .

قال السبكي : (وينبغي جوازه بخبر عدلٍ واحدٍ ؛ لحصول الظنِّ به وإن لم يكفِ عند الحاكم ؛ إلحاقاً له بالشفعة ، وكما يكفي سماعه من السيِّد والشيوع)[1] ، وتبعه الأذرعي ثم قال : (ويكفي خبر من يثق به من عبدٍ وامرأةٍ ، بل يظهر أنه أَولىٰ من شيوعٍ لا يُعرَف أصله)[2]

وذكر نحوه الزركشي ثم قال : (**وهل المراد بالبينة** : ما تُقام عند الحاكم ، أو إخبار عدلين له ؟ **الظاهر** : الثاني)[3]

وهٰذه الأبحاث كلها جيدةٌ ؛ **لأن المقصود** : أن يغلب على الظن إذْنُ السيد له .

وخرج بما ذُكِر : قول الرقيق : (أنا مأذونٌ لي) ، فلا يكفي في جواز معاملته ؛ لأنه متَّهمٌ ، فلو عامله فبان مأذوناً له . . صحَّ ؛ كمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً ، ومثله : لو عامل من أنكر وكالته ، أو من عرف سفهه ، ثم تبيَّن أنه في الأولىٰ وكيلٌ ، وفي الثانية أنه رشيدٌ .

* * *

ولو قال المأذون له : (حجر عليَّ سيدي) . . لم تصح / معاملته وإن كذَّبه ٤٦٣/ب

---

(١) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٣/١٣٢) مخطوط .

(٢) قوت المحتاج (٢/٣٤٤ ـ ٣٤٥) .

(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢/١١١) .

سيده ؛ لأن العقد باطلٌ بزعم العاقد ، فلا يعامل بقول غيره ، وتكذيب السيِّد لا يستلزم الإذن له ؛ كما لو قال ابتداءً : (لا أمنعك من التصرُّف) . . لا يستلزم ذلك ؛ لأن عدم المنع أعمُّ من الإذن .

نعم ؛ لو قال : (كنت أذنت له ، وأنا باقٍ) . . جازت معاملته وإن أنكر ذلك ؛ كما ذكره الزركشي [١] ، **ويُؤخَذ منه** : أن محلَّ منع معاملته فيما إذا كذَّبه السيِّد : أن يكون المعامل له سمع الإذن من غير السيِّد ، [وإلا] [٢] جازت معاملته ، قال شيخنا شيخ الإسلام زكريا : (بل ينبغي أن يقال : حيث ظنَّ كذب العبد . . جازت معاملته ، ثم إن تبيَّن خلافه . . بطلت ، وإلا فلا) [٣] .

❊ ❊ ❊

ولمن علمه مأذوناً وعامله ألَّا يسلم إليه العوض حتىٰ يقيم بيِّنةً بالإذن ؛ خوفاً من خطر إنكار السيِّد ، وينبغي ـ كما قال الزركشي ـ تصويرها بما إذا علم الإذن بغير البيِّنة [٤] ، فإن علمه بها . . فليس له الامتناع ؛ لزوال المحظور ، **والأصل** : دوام الإذن .

❊ ❊ ❊

(١) انظر « أسنى المطالب » (١١١/٢) .

(٢) في الأصل : (ولو) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (١١١/٢) ، و« مغني المحتاج » (١٣١/٢) .

(٣) أسنى المطالب (١١١/٢ ـ ١١٢) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (١٣١/٢) : (وهو حسنٌ) .

(٤) انظر « أسنى المطالب » (١١١/٢) .

وَمَا يَلْزَمُهُ مِنْ دَيْنِ ٱلتِّجَارَةِ يَجِبُ قَضَاؤُهُ مِنْ مَالِ ٱلتِّجَارَةِ ؛ فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ . . ٱتُّبِعَ بِهِ إِذَا عَتَقَ . . . .

ولو تلف في يد رقيقٍ مأذونٍ له ثمنُ سلعةٍ باعها ، فخرجت مستحقَّةً . . رجع عليه المشتري ببدل ثمنها ؛ لأنه المباشر للعقد ، فتتعلَّق به العهدة ، وله مطالبة السيِّد به وإن كان بيد الرقيق وفاء ؛ لأن العقد له ، فكأنه العاقد .

ولو أعطاه سيِّده ألفاً مثلاً للتجارة فيه ، فاشترىٰ شيئاً في ذمَّته لا بعينه ، ثم تلف الألف قبل تسليمه للبائع . . لم ينفسخ عقده ، بل للبائع الخيار إن لم يوفِّه السيِّد ، وإن اشترىٰ بعينه . . انفسخ العقد ؛ كما لو تلف المبيع قبل القبض .

* * *

(**وما يلزمه من دَين التجارة . . يجب قضاؤه من مال التجارة**) أصلاً وربحاً ؛ لأن الإذن تناوله ، ومن كسبه الحاصل باصطيادٍ ونحوه قبل الحجر ، فيؤدِّيه منهما ؛ لاقتضاء العرف والإذن ذٰلك .

(**فإن بقي**) من الدَّين (**شيءٌ**) . . لم يتعلَّق برقبة الرقيق ؛ لأنه ثبت برضا مستحقِّه ، ولا بذمَّة سيده وإن أعتقه أو باعه ؛ لأنه المباشر للعقد ، ولا بأرش الجناية على المأذون ؛ لأنه بدل رقبته ، ولا بمهر الأمة المأذونة ؛ لأنه بدل [بُضعها][1] ، وهو لا يتعلَّق به الدُّيون فكذا بدله ، ولا بسائر أموال السيد ؛ كأولاد المأذونة ، ولا بما كسبه المأذون بعد الحجر عليه ، بل بذمَّة الرقيق فقط .

وإذا تعلَّق بها . . (**اتُّبِعَ به إذا عتق**) كلُّه أو بعضه ؛ كما مرَّ ، ولا ينافي ما ذُكِر

---

(١) في الأصل : (بعضها) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/١٣٢) .

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَّجِرَ إِلَّا فِيمَا أَذِنَ لَهُ فِيهِ ؛ فَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي ٱلتِّجَارَةِ . . . .

من أن ذٰلك لا يتعلَّق بذمَّة السيد مطالبته به ؛ إذ لا يلزم من المطالبة بشيءٍ ثبوته في الذمَّة ؛ بدليل مطالبة القريب بنفقة قريبه ، والموسر بنفقة المضطر ، **والمراد** : أنه يطالب ليؤدِّي ممَّا في يد الرقيق لا من غيره ولو ممَّا كسبه الرقيق بعد الحجر عليه .

وفائدة مطالبة السيد بذٰلك إذا لم يكن في يد الرقيق وفاءٌ : احتمال أنه يؤدِّيه ؛ لأن له به علقةً في الجملة وإن لم يلزم ذمَّته ، فإن أدَّاه . . برئت ذمَّة الرقيق ، وإلا . . فلا .

* * *

1/464 ولو تصرَّف السيد في المال الذي بيد المأذون ببيعٍ أو غيره ،/ وعليه دَينٌ بغير إذن الغرماء أو المأذون . . لم يصح ؛ لأن الدَّين متعلِّق بذمَّة العبد للغرماء ، ولم يرضوا ، وغرم بدل المال إن لم يزد علىٰ قدر الدَّين ، وإلا . . غرم بقدره ، فإن تصرَّف بإذنه وإذنهم جميعاً . . صحَّ ؛ لارتفاع المانع ، وتعلَّقَ الغرماءُ بذمَّة العبد ، فيطالبونه بعد عتقه ؛ لتوجُّه المطالبة عليه قبله .

وإن لم يكن في يد المأذون مالٌ ، وقتله سيِّده . . فلا شيء لهم بقتله وإن فوَّت الذمَّة ؛ كما لو قتل حرّاً وعليه دَينٌ . . لا يلزمه وفاؤه ، أما إذا لم يكن عليه دَينٌ . . فللسيِّد أن يتصرَّف في جميع ما في يده وإن لم يقدِّم علىٰ ذٰلك حجراً .

* *

(**ولا يجوز**) ولا يصح (**أن يتَّجر إلا فيما أذن له فيه**) لأنه يتصرَّف بحسب الإذن ، (**فإن أذن له**) في نوعٍ أو زمنٍ . . لم يتجاوزه ؛ عملاً بالإذن ، وإن أذن له (**في التجارة**) ولم ينصَّ له علىٰ شيءٍ . . تصرَّف في كل الأنواع والأزمنة

لَمْ يَمْلِكِ ٱلْإِجَارَةَ ، وَقِيلَ : يَمْلِكُ ذَٰلِكَ فِي مَالِ ٱلتِّجَارَةِ ، وَلَا يَمْلِكُ ذَٰلِكَ لِنَفْسِهِ . . . .

والبلدان ، ويستفيد بالإذن فيها ما هو من توابعها ؛ كنشرٍ وطيٍّ ، وحمل متاعٍ إلىٰ حانوتٍ ، وردٍّ بعيبٍ ، ومخاصمةٍ في عهدةٍ ؛ كما قيَّد به الرافعي[(١)]

ومقتضاه : أنه لا يخاصم الغاصب والسارق ونحوهما ، وبه صرَّح في عامل القراض[(٢)] ، وهو نظير ما نحن فيه .

* * *

وللسيِّد أن يأذن لرقيقه في التجارة من غير إعطاء مالٍ ، فيشتري في ذمَّته ويبيع كالوكيل ، ولا يحتاج في الشراء في الذمَّة إلىٰ تقييدٍ بقدرٍ معلومٍ ؛ لأنه لا يثبت في ذمَّة السيد بخلاف الوكيل .

وليس له بالإذن فيها النكاحُ لا لنفسه ولا لرقيق التجارة ؛ لأنها لا تتناوله ، و(**لم يملك**) بذٰلك (**الإجارة**) لنفسه ولا لمال التجارة ، ولا يبيع رقيقه ولا كسبه الحاصل بنحو اصطيادٍ واحتطابٍ وقَبولِ هبةٍ ووصيةٍ ؛ إذ ليس ذٰلك من التجارة .

(**وقيل**) وهو الأصح : (**يملك ذٰلك**) أي : الإجارة (**في مال التجارة**) كثيابها وعبيدها ودوابِّها ؛ لأن الإذن له يشمل ذٰلك ، (**ولا يملك ذٰلك لنفسه**) لِمَا مرَّ ، فإن أذن له السيِّد في إيجار نفسه أو بيعها أو رهنها . . صحَّ ؛ إذ لا مانع .

* * *

ولا يأذن لرقيق التجارة فيها .

---

(١) الشرح الكبير (٤/٣٦٦) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٢٩٤) .

وَلَا يَتَصَرَّفُ إِلَّا عَلَىٰ وَجْهِ ٱلنَّظَرِ وَٱلِٱحْتِيَاطِ ؛ فَلَا يَهَبُ ، وَلَا يَتَّخِذُ دَعْوَةً .

نعم ؛ إن أذن له في تصرُّف معيَّنٍ . . جاز ؛ كما صحَّحه الإمام [١] ، وجزم به الغزالي [٢] ، خلافاً لمقتضىٰ كلام البغوي منعِهِ [٣] ، فإن أذن له في التجارة بإذن السيِّد . . جاز ، وينعزل الثاني بعزل السيِّد وإن لم ينزعه من يد الأوَّل .

* *

(ولا يتصرَّف إلا علىٰ وجه النظر والاحتياط ، فلا يهب ، ولا يتَّخذ دعوةً) بتثليث الدال ؛ كما قاله ابن مالك [٤] ، وفتحها أشهر ؛ [وهي] [٥] : الطعام المدعوُّ إليه ، ولا ينفق علىٰ نفسه من مال التجارة ؛ لأنه ملكٌ للسيد ، فلا يفعل شيئاً من ذٰلك وإن جرت به العادة ؛ لأن التجارة لا تتناول شيئاً منها .

والقياس في مسألة الإنفاق علىٰ نفسه : أن يراجع الحاكم في غيبة سيده ، لٰكن قيَّدها ابن الرفعة بحالة اجتماع سيِّده معه ، أما في غيبته . . فله الإنفاق علىٰ نفسه من ذٰلك ، قال : (لاطِّراد العادة به) انتهىٰ [٦] ، والأول أوجَهُ [٧] .

* *

---

(١) نهاية المطلب (٤٧٨/٥) .

(٢) الوسيط (١٩٧/٣) .

(٣) التهذيب (٥٥٥/٣) .

(٤) إكمال الإعلام بتثليث الكلام (٢١٦/١ ـ ٢١٧) .

(٥) في الأصل : (وهو) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (١١٠/٢) .

(٦) المطلب العالي (ق ٢٤٨/٨) مخطوط .

(٧) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (١٣٠/٢) : (وقول ابن الرفعة : « لو غاب السيد . . فالوجه : الجواز ؛ للعرف المطرد به » . . محمولٌ علىٰ عدم وجدان حاكمٍ يراجعه في ذٰلك) .

وَلَا يَبِيعُ بِنَسِيئَةٍ ، وَلَا بِدُونِ ثَمَنِ ٱلْمِثْلِ ، وَلَا يُسَافِرُ بِٱلْمَالِ إِلَّا بِإِذْنِ ٱلْمَوْلَىٰ . وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ مَنْ يَعْتِقُ عَلَىٰ مَوْلَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . لَمْ يَصِحَّ ٱلشِّرَاءُ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ . . . .

(**ولا يبيع [بنسيئة]**[1] ، **ولا بدون ثمن المثل ، ولا يسافر بالمال إلا / بإذن المولىٰ**) كالوكيل ، أما شراؤه بالنسيئة . . فجائزٌ ؛ كما صرَّح به المتولي وغيره[2] ، **ويُؤخَذ من كلام الجرجاني** : أنه يجوز أن يبيع بالعرض ؛ كعامل القراض[3] ، ولا يعامل سيده ولا رقيقه المأذون له ؛ لأن تصرّفه لسيِّده ، ويد رقيق السيِّد كيد السيِّد ، بخلاف المكاتب . ٤٦٤/ب

* * *

(**وإن اشترىٰ من يعتق علىٰ مولاه بغير إذنه . . لم يصح الشراء في أصحِّ القولين**) كعامل القراض ؛ لتضرُّر سيِّده بعتقه المتضمِّن فوات الثمن بلا مقابلٍ .

والثاني : يصح ويعتق عليه ؛ لأنه لا يصح منه الشراء لنفسه ، فالسيِّد بإذنه له [أقامه][4] مقام نفسه ، بخلاف عامل القراض .

ومحلُّ الخلاف : إذا أذن في شراء الرقيق ولم يأذن له في شراء من يعتق عليه ، فإن لم يأذن له في شراء الرقيق . . لم يصح قطعاً ، نبَّه عليه صاحب

---

(١) في الأصل : (نسيئة) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٢) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٤/١٧٦) مخطوط .
(٣) الشافي في الفروع (ق/١٣٤) مخطوط من المكتبة الأزهرية برقم (١٣٤٢) .
(٤) في الأصل : (أقام) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/١٥٨) .

وَإِنِ ٱشْتَرَىٰ أَبَاهُ بِإِذْنِهِ . . صَحَّ ٱلشِّرَاءُ ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . . فَفِي ٱلْعِتْقِ قَوْلَانِ . . . .

« المعين »[1] ، وهٰذه طريقةٌ ، **والراجح** : جريان الخلاف مطلقاً .

❊ ❊ ❊

(**وإن اشترىٰ أباه**) أي : أبا سيِّده أو من يعتق عليه (**بإذنه . . صحَّ الشراء ، وعتق عليه**) أي : السيِّد (**إن لم يكن عليه**) أي : الرقيق (**دَيـنٌ**) لتحقُّق الملك ، وعدم تعلُّق [حقِّ] الغير به .

(**وإن كان عليه دَينٌ . . ففي**) صحَّة (**العتق قولان**) : **أحدهما** : **لا يعتق** ، وصحَّحه النووي في « تصحيحه »[2] ؛ لتعلُّق حقِّ الغرماء به ، **والثاني** : **يعتق** ويغرم قيمته للغرماء .

وينبغي اعتماد ما جرىٰ عليه ابن المقري في « روضه » تبعاً لـ « المهمات » وهو : أن فيه التفصيل في إعتاق الراهن للمرهون بين الموسر والمعسر ، قال في « المهمات » : (وهو ما أشار إليه الرافعي في « باب القراض » ، ونقله في « المطلب » عن الأصحاب ، **وهو الصحيح** ، ولا يتَّجه غيره)[3] .

❊ ❊

ولو باع السيِّدُ المأذونَ أو وهبه أو وقفه أو أعتقه . . صار محجوراً عليه ؛ لأن إذنه له استخدامٌ ، وقد خرج عن أهليته ، لا توكيل ، ويصير محجوراً عليه

---

(١) المعين لأهل التقوىٰ على التدريس والفتوىٰ (ق/٩٧) مخطوط .

(٢) تصحيح التنبيه (٢/٣٧٠) .

(٣) روض الطالب (١/٢٩٦) ، المهمات (٥/٢٧٠) .

وَإِنْ مَلَّكَهُ ٱلسَّيِّدُ مَالاً . . لَمْ يَمْلِكْهُ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَيَمْلِكُهُ فِي ٱلْآخَرِ مِلْكاً ضَعِيفاً يَمْلِكُ ٱلْمَوْلَى ٱنْتِزَاعَهُ مِنْهُ . . . .

بالكتابة ؛ كما جزم به في « الأنوار »[١] ، وبالإجارة ؛ كما بحثه شيخنا شيخ الإسلام زكريا[٢] ، وتحلُّ ديونه المؤجَّلة عليه بموته ؛ كما تحلُّ الدُّيون التي على الحرِّ بموته ، وتُؤدَّىٰ من الأموال التي كانت بيده .

ولو اشترىٰ أو باع لغيره بالوكالة بغير إذن سيِّده . . لم يصح ؛ لتعلُّق العهدة بالوكيل .

* * *

(**وإن ملَّكه السيِّد**) أو غيره (**مالاً . . لم يملكه في أصحِّ القولين**) وهو **الجديد**[٣] ؛ لأنه ليس أهلاً للملك (**ويملكه في الآخر**) وهو **القول القديم**[٤] (**ملكاً ضعيفاً يملك المولى انتزاعه منه**) لقوله عليه الصلاة والسلام : « من باع عبداً وله مالٌ . . فماله للبائع إلا أن يشرطه المبتاع » رواه الشيخان[٥] ، دلَّ إضافة المال إليه علىٰ أنه يملك ، وقيس غير السيِّد عليه عند من أجرى الخلاف فيه ؛ كالماوردي والقاضي ، خلافاً للرافعي في [بابي][٦]

---

(١) الأنوار لأعمال الأبرار (١/٤٨٨) .

(٢) أسنى المطالب (٢/١١٣) .

(٣) الأم (١/٧٢) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٢٥٣) ، و« نهاية المطلب » (٣/٤٦٧) .

(٥) صحيح البخاري (٢٣٧٩) ، صحيح مسلم (١٥٤٣/٨٠) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٦) في الأصل : (بيان) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَلَا تَجِبُ فِيهِ ٱلزَّكَاةُ .

(الوقف) و(الظهار)[1] ، وهو ظاهر عبارة الشيخ أيضاً .

(**ولا تجب فيه الزكاة**) لا على العبد ؛ لضعف ملكه ، ولا على السيد ؛

٤٦٥/أ لزوال / ملكه .

وأُجيب عن الحديث : بأنه حجَّةٌ للجديد ؛ فإنه دلَّ علىٰ أنه للبائع ، فدلَّ علىٰ أنه لم يملكه ، والإضافة إليه للاختصاص لا للملك ، والمعلَّق عتقه بصفةٍ والمدبَّر وأم الولد . . كالقنِّ في ذٰلك .

خَاتِمَةٌ

[في حكم تَسَرّي المكاتب والمبعَّض جاريةً]

لو ملك المكاتب أو المبعَّض ببعضه الحرِّ مالاً ، فاشترىٰ به جاريةً . . ملكها ؛ لأنه أهلٌ للملك ، ولم يحل لواحدٍ منهما وطؤها وإن أذن له السيِّد ، أما المبعَّض . . فلأن بعضه مملوكٌ ، والوطء يقع بجميع بدنه لا ببعضه الحرِّ فقط ، وأما المكاتب . . فلضعف ملكه ، وللخوف من هلاك الأمة بالطلق .

* * *

(١) الحاوي الكبير (٢٥٣/١١) ، الشرح الكبير (٢٥٥/٦ ـ ٢٥٦ ، ٣٢٢/٩) ، وانظر « كنز الراغبين » (٣٧٧/٢) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (١٣٢/٢ ـ ١٣٣) : (واحترز بقوله : « بتمليك سيده » عن الأجنبي ؛ فإنه لا يملك بتمليكه جزماً ، قاله الرافعي في « الوقف » في الكلام على الموقوف عليه ، وفي « الظهار » في تكفير العبد بالصوم) .

بابُ المساقاة

(باب) بيان (المساقاة) وحكمها

[مأخوذةٌ][1] من السَّقْي ـ بسكون القاف ـ المحتاج إليه فيها غالباً ؛ لأنه أنفع أعمالها وأكثرها مؤنةً ، وقيل : من السَّقِيِّ ـ بكسرها وتشديد الياء ـ وهو : موضع الشجر ، وقيل : لأنها معاملةٌ علىٰ ما يشرب بساقٍ .

وحقيقتها : أن يعامل غيره علىٰ نخلٍ أو شجر عنبٍ ليتعهَّده بالسقي والتربية ؛ علىٰ أن الثمرة لهما .

* * *

والأصل فيها قبل الإجماع : خبر « الصحيحين » : (أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمرٍ أو زرعٍ)[2] .

والمعنىٰ فيها : أن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهُّدها ، أو لا يتفرَّغ له ، ومن يحسن ويتفرَّغ قد لا يملك الأشجار ، فيحتاج ذٰلك إلى الاستعمال ، وهٰذا إلى العمل ، ولو اكترى المالك . . لزمته الأجرة في الحال ، وقد لا يحصل له شيءٌ من الثمار ، ويتهاون العامل ، فدَعَتِ الحاجة إلىٰ تجويزها .

---

(١) في الأصل : (مأخوذ) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٣٩٣/٢) ، و« مغني المحتاج » (٤١٥/٢) .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٢٩) ، صحيح مسلم (١٥٥١) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

مَنْ جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي ٱلْمَالِ . . صَحَّ مِنْهُ عَقْدُ ٱلْمُسَاقَاةِ . وَتَنْعَقِدُ بِلَفْظِ ٱلْمُسَاقَاةِ ، أَوْ بِمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهَا . . . .

وأركانها خمسةٌ : عاقدان ، ومورد العمل ، والثمار ، والعمل ، والصيغة .

[شرط العاقدين]

وقد أخذ الشيخ في بيان ذٰلك فقال : (**من جاز تصرُّفه في المال**) لنفسه . . (**صحَّ منه عقد المساقاة**) لأنها معاملةٌ علىٰ مالٍ كالقراض ، ويساقي الوليُّ للصبي والمجنون والسفيه عند المصلحة ، **وفي معنى الولي** : ناظر الوقف ، والإمام في بساتين بيت المال ومن لا يعرف مالكه ، قال الزركشي : (وكذا بساتين الغائب) ، قال : (**ومقتضىٰ كلام الماوردي** : أنه ليس لعامل القراض المساقاة ؛ فإن عمله في حقِّ المالك لا في حقِّ نفسه ، بخلاف المساقي) انتهىٰ[1]

والشرط المذكور يُعتبَر أيضاً في العامل ، قال الزركشي : (**والظاهر** : أن السفيه يعقد عنه وليُّه ؛ كما قالوه في إجارته للرعي ونحوه)[2]

[ما يشترط في الصيغة]

(**وتنعقد بلفظ المساقاة**) كـ (ساقيتك علىٰ هٰذا النخل والعنب بنصف الثمرة) مثلاً ، (**أو بما يؤدِّي معناها**) كـ (سلَّمته إليك لتتعهَّده بكذا) ، أو : (تَعهَّدْ ـ أو اعمل عليه ـ بكذا) ، قال في « الروضة » كـ « أصلها » : (وهٰذه

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ق٣/٢) مخطوط .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ق٣/٢) مخطوط .

الثلاثة يُحتمَل أن تكون كنايةً وأن تكون صريحةً) انتهىٰ[1] ، ومقتضىٰ كلام **الإمام والشاشي والماوردي وغيرهم** : الأوَّل[2] ، وقال ابن الرفعة : (**الأشبه** : الثاني)[3] وهو ظاهر كلام ابن المقري[4] ، **والأوَّل أوجَهُ**[5] .

❊ ❊ ❊

ولا ينعقد / بلفظ الإجارة ؛ كـ (استأجرتك لتتعهَّد نخلي بكذا من ثمرتها) لأن عقد الإجارة صريحٌ في عقدٍ آخر ؛ كما أن الإجارة لا تنعقد بالمساقاة ؛ كـ (ساقيتك لتتعهَّد نخلي بمئةٍ) لأن لفظ المساقاة صريحٌ في عقدٍ آخر . ٤٦٥/ب

فإن وُجِدَتِ الإجارة بشروطها ؛ كأن استأجره بنصف الثمرة الموجودة أو كلِّها ، بعد بدوِّ الصلاح ، أو قبله بشرط القطع للنصف أو الكل ، ولم يكن النصف شائعاً ؛ كأن شرط له ثمرةً معيَّنةً . . صحَّ .

وإن قال : (ساقيتك بالنصف مثلاً ؛ ليكون أجرةً لك) . . لم يضرَّ ؛ لسبق لفظ المساقاة .

---

(١) روضة الطالبين (٣/٧٧٦) ، الشرح الكبير (٦/٦٧) .

(٢) نهاية المطلب (٨/٢٢) ، الحاوي الكبير (٩/١٦٨) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٣٩٦) .

(٣) المطلب العالي (ق ١٣/٤٠) مخطوط .

(٤) روض الطالب (١/٤٢١) .

(٥) خلافاً لِمَا ذهب إليه الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٢٢) ، وعبارته : (وقال ابن الرفعة : **الأشبه** : الثاني ، وهو ظاهر كلام ابن المقري وغيره ، **وهو الظاهر**) ، وفي هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمسجد الحرام النبوي بالروضة الشريفة) .

وَتَجُوزُ عَلَى ٱلْكَرْمِ وَٱلنَّخْلِ . . . .

[مورد العمل]

(**وتجوز على الكرم**) أي : شجر العنب ، وقد ورد النهي عن تسميته بالكرم ؛ قال صلى الله عليه وسلم : « لا تُسمُّوا العنب كرماً ؛ إنَّما الكرمُ الرجلُ المسلم » رواه مسلمٌ (١)

قيل : سُمِّي كرماً من الكَرَم ـ بفتح الراء ـ لأن الخمرة المتَّخذة منه تَحْمِل عليه ، فكره أن يُسمَّىٰ به ، وجعل المؤمن أحقَّ بما يشتقُّ من الكرم ، يقال : رجلٌ كرْمٌ ـ بإسكان الراء وفتحها ـ أي : كريمٌ .

(**والنخل**) أما النخل . . فللخبر السابق (٢) ، وأما شجر العنب . . فلأنه في معنى النخل بجامع وجوب الزكاة ، وتَأَتِّي الخرص في ثمرتهما ، فجُوِّزتِ المساقاة فيهما ؛ رفقاً بالمالك والعامل والمساكين .

فائدة من « الدميري »

[في تفضيل النخل على العنب وتفضيلهما علىٰ غيرهما]

ثمرات النخيل والأعناب أفضل الثمار ، وشجرها أفضل بالاتِّفاق ، واختلفوا أيُّهما أفضل علىٰ قولين ، وقد ورد : « أكرموا عمَّاتكم النخل ، المُطْعِمات في المَحْل ، [فإنها] خُلِقت من طينة آدم » (٣)

---

(١) صحيح مسلم (٨/٢٢٤٧) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) تقدم ذكره وتخريجه قريباً أول الباب (٥/٣٢٠) .

(٣) أخرجه أبو يعلىٰ في « مسنده » (٤٥٥) ، وأبو نعيم في « الطب النبوي » (٤٥٦) ، وفي « حلية الأولياء » (٦/١٢٣) عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه دون قوله : « المطعمات ←

والنخل مقدَّمٌ على العنب في جميع القرآن ، وسبق في (زكاة الفطر) : أن التمر خيرٌ من الزبيب [1]

وشبَّه صلى الله عليه وسلم النخلة بالمؤمن [2] ؛ لأنها تشرب برأسها ، وإذا قُطِع . . ماتت ، ويُنتفَع بجميع أجزائها ، وهي الشجرة الطيبة المذكورة في القرآن ، فكانت أفضل ، وليس في الشجر شيءٌ فيه ذكرٌ وأنثىٰ سواها ؛ أي : تحتاج الأنثىٰ فيه إلى الذكر ، فلا يرد أنَّ للتوت وغيره [ذكراً] [3] ؛ لأن أنثاه لا تحتاج إليه ، بخلاف أنثى النخل .

وشبَّه صلى الله عليه وسلم عين الدجَّال بحبَّة العنب [4] ؛ لأنها أصل الخمر ، وهي أمُّ الخبائث [5]

← في المَحْل » فقد أخرجها الطبراني في « المعجم الأوسط » (٣٩٢٨) ضمن حديث آخر عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه ، وفي الأصل : (وإنها) ، والتصويب من مصادر التخريج .

(١) انظر ما تقدم (٢/٦٥٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٦١٢٢) واللفظ له ، ومسلم (٢٨١١/٦٤) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : « مثل المؤمن كمثل شجرة خضراء ، لا يسقط ورقها ، ولا يتحاتُّ » فقال القوم : هي شجرة كذا ، هي شجرة كذا ، فأردت أن أقول : هي النخلة ، وأنا غلام شاب ؛ فاستحييت ، فقال : « هي النخلة » .

(٣) في الأصل : (ذكر) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٤) أخرجه البخاري (٣٤٣٩) ، ومسلم (١٦٩) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال : ذكر النبي صلى الله عليه وسلم يوماً بين ظهري الناس المسيح الدجال ، فقال : « إن الله ليس بأعور ، أَلَا إن المسيح الدجال أعور العين اليمنىٰ ؛ كأن عينه عنبة طافية » .

(٥) النجم الوهاج (٥/٢٩٣) .

وَفِيمَا سِوَاهُمَا مِنَ ٱلْأَشْجَارِ قَوْلَانِ . . . .

[حكم المساقاة في غير النخل وشجر العنب]

(وفيما سواهما من الأشجار) المثمرة ؛ كالخوخ والمشمش (قولان) **أصحُّهما ـ وهو الجديد**[(١)] ـ : المنع ؛ لعدم وجوب الزكاة مع عدم تأتِّي الخرص في ثمرتها .

والثاني ـ وهو القديم[(٢)] ـ : الجواز للحاجة ، واختاره النووي في « تصحيحه »[(٣)] ، ووافقه السبكي عند احتياجها إلىٰ عملٍ[(٤)] ، **وفرق الأول** : بأن هاذه الأشجار تنمو من غير تعهُّدٍ ، بخلاف النخل والعنب .

ومحلُّ المنع : أنْ تُفرَد بالمساقاة ، فإن ساقىٰ عليها تبعاً لنخلٍ أو عنبٍ . . صحَّت كالمزارعة ؛ كما سيأتي في بابها[(٥)] ، **وعلى الأول** : لا تصح في شجر المُقل[(٦)] ؛ كما صرَّح بتصحيحه في « الروضة »[(٧)] ، وإن قال في « المهمات » : (**الفتوىٰ** : على الجواز ؛ فقد نصَّ عليه الشافعي ؛ كما نقله القاضي / أبو الطيب) ١٦٦/أ
انتهىٰ[(٨)] .

* *

(١) الأم (٥/١٤) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٩/١٦٩ ـ ١٧٠) .
(٣) تصحيح التنبيه (٢/٣٧٣) .
(٤) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٥١) مخطوط .
(٥) انظر ما سيأتي (٥/٣٥١) .
(٦) شجر المقل : هو شجر الدَّوم ، والدومة : هي الشجرة العظيمة من السدر .
(٧) روضة الطالبين (٣/٧٦٩ ـ ٧٧٠) .
(٨) المهمات (٦/١٢٠) .

والشجر : ما له ساقٌ ، والنجم : ما لا ساق له ، المذكوران في قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱلنَّجْمُ وَٱلشَّجَرُ ﴾[1]

وأما قوله تعالىٰ : ﴿ وَأَنۢبَتۡنَا عَلَيۡهِ شَجَرَةً مِّن يَقۡطِينٍ ﴾[2] . . فكانت بساقٍ علىٰ خلاف العادة في القرع ؛ معجزةً لسيدنا يونس صلى الله عليه وسلم[3] ؛ كما كانت تأتيه وَعْلَةٌ صباحاً ومساءً يشرب من لبنها حتىٰ قوي[4]

* * *

أما ما لا يثمر منها ؛ كالتوت الذكر والصنوبر وشجر الخلاف . . فلا تجوز المساقاة فيها **على القديم**[5] ، **أيضاً على الصحيح** .

وأما ما لا ساق له ؛ كالزروع وقصب السكر ، والبطِّيخ والباذنجان والبقول ؛ فما ثبتت أصوله في الأرض ويُجَزُّ مرةً بعد أخرىٰ . . ففي جواز المساقاة فيه **وجهان** ؛ **أصحُّهما** : المنع .

وما لا تثبت أصوله في الأرض و[لا] يُجَزُّ مرةً بعد أخرىٰ . . لا تجوز المساقاة عليه قطعاً ؛ وذٰلك هو المزارعة والمخابرة الآتي ذكرهما[6]

---

(١) سورة الرحمٰن : (٦) .

(٢) سورة الصافات : (١٤٦) .

(٣) انظر « البحر المحيط » (٣٧٥/٧ ـ ٣٧٦) .

(٤) أورده البغوي في « تفسيره » (٤٣/٤) عن مقاتل بن حيان رحمه الله تعالىٰ .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٩٨/٩) ، و« نهاية المطلب » (٨/٨) .

(٦) انظر ما سيأتي (٣٥١/٥) وما بعدها .

وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَىٰ ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ . وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَىٰ وَدِيٍّ إِلَىٰ مُدَّةٍ لَا تَحْمِلُ فِيهَا . . لَمْ تَصِحَّ ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ ٱلْعَمَلِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، . . .

قال الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه : (ولا تجوز المساقاة على الموز ؛ لأن ساقه يُقطَع ثم يخلف)[1]

* * *

(**وإن ساقاه علىٰ ثمرةٍ موجودةٍ . . ففيه قولان**) **أظهرُهما** : الصحَّة ؛ لأنه عن الغرر أبعد ؛ للوثوق بالثمر ، فهو أَولىٰ بالجواز .

والثاني : لا ؛ لفوات بعض الأعمال ، **لـٰكن محلُّ الصحَّة** : قبل بدوِّ الصلاح ؛ لبقاء معظم الأعمال ، وفيما إذا جعل عوض العامل من الثمرة الموجودة ، أما بعد بدوِّ الصلاح . . فلا يصح جزماً ؛ لفوات معظم الأعمال ، وكذا لو ساقاه على النخل المثمر علىٰ ما يحدث من ثمرة العام .

* *

(**وإن ساقاه علىٰ وَدِيٍّ**) بفتح [الواو وكسر] الدال المهملة وتشديد الياء التحتانية : صغار النخل ، ويُسمَّىٰ : الفسيل بالفاء (**إلىٰ مدَّةٍ لا تحمل فيها**) غالباً . . (**لم تصح**) **لأن المقصود من المساقاة** : أن يشتركا في الثمرة ، وذٰلك مفقودٌ .

(و) إذا وقع ذٰلك وعمل العامل مع علمه أنها لا تثمر . . (**هل يستحقُّ أجرة العمل**) أم لا ؟ (**فيه وجهان**) **أصحُّهما** : عدم الاستحقاق ؛ لرضاه بالعمل مجّاناً .

---

(١) الأم (٥/٢٣) .

وَإِنْ كَانَ إِلَىٰ مُدَّةٍ قَدْ تَحْمِلُ وَقَدْ لَا تَحْمِلُ . . فَقَدْ قِيلَ : تَصِحُّ ، وَقِيلَ : لَا تَصِحُّ ، وَلِلْعَامِلِ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ . وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَىٰ وَدِيٍّ يَغْرِسُهُ وَيَعْمَلُ فِيهِ . . لَمْ يَصِحَّ . . . .

والثاني : يستحقُّ ؛ لأن عمله يقتضي العوض ، فلا يسقط بالرضا ؛ كالوطء في النكاح ، أما إذا لم يعلم عدم إثمارها . . فإنه يستحقُّ جزماً ، وقيل : على الوجهين .

* * *

(**وإن كان إلىٰ مدَّةٍ**) يثمر فيها غالباً . . صحَّت ، والمرجع في ذٰلك إلىٰ أهل الخبرة بالشجر في تلك الناحية ، ولا يضرُّ كون أكثر المدَّة لا ثمرة فيها ؛ كما لو ساقاه علىٰ عشر سنين والثمر يغلب وجوده في العاشرة خاصَّة ، فإن اتَّفق أنها لم تثمر . . لم يستحقَّ العامل شيئاً ؛ كما لو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر ، أو إلىٰ مدَّةٍ (**قد تحمل**) فيها (**وقد لا تحمل . . فقد قيل : تصح**) لأن الثمرة مَرجوَّة ، وإن لم تثمر . . لم يستحقَّ العامل شيئاً ؛ لِمَا مرَّ .

(**وقيل**) وهو الأصح : (**لا تصح**) لأنه عقدٌ علىٰ عوضٍ غير موجودٍ ، ولا الظاهر وجوده ، فأشبه السَّلَم فيما لا يُوجَد غالباً ، (**و**) علىٰ هٰذا : (**للعامل أجرة المثل**) وإن لم تثمر ؛ لأنه عمل طامعاً في المشروط ، ولم يسلم له ، فاستحقَّ أجرة المثل .

[شروط المساقاة على النخل والعنب]

(**و**) لا تصح / المساقاة على النخل والعنب إلا إذا كان مغروساً مرئيّاً معيناً ، فعلىٰ هٰذا : (**إن ساقاه علىٰ وديٍ يغرسه**) في أرضه (**ويعمل فيه**) ليكون الشجر أو الثمر لهما . . (**لم يصح**) وإن كان الشجر في الأولىٰ يقصد ٤١٦/ب

وَلَا تَجُوزُ ٱلْمُسَاقَاةُ إِلَّا إِلَىٰ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَيَجُوزُ ذَٰلِكَ إِلَىٰ مُدَّةٍ تَبْقَىٰ فِيهَا ٱلْعَيْنُ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ . . . .

خشبه ولا يثمر ، قاله في « التتمة »[1] ؛ لأن الغرس ليس من عمل المساقاة ، فضمُّه إليها مفسِدٌ ، فإن وقع ذٰلك وعمل العامل ، وكانت الثمرة متوقَّعةً في المدَّة . . فله أجرة عمله على المالك ، وإلا . . فلا .

فلو كان الغراس للعامل . . فلا أجرة له ، وعليه للمالك أجرة الأرض ، فإن كانت الأرض للعامل . . استحقَّ أجرة عمله وأرضه ، وكذا لو ساقاه علىٰ أحد الحائطَينِ ، أو علىٰ غير المرئي لهما . . لم تصح ؛ للجهل بالمعقود ، ولأنه عقدُ غررٍ من حيث إن العوض معدومٌ في الحال ، وهما جاهلان بقدر ما يحصل وبصفاته ، فلا يحتمل ضمُّ غررٍ إلىٰ آخر .

[اشتراط التأقيت في الصيغة]

(**ولا تجوز المساقاة إلا إلىٰ مدَّةٍ معلومةٍ**) كسنةٍ ؛ لأنها عقدٌ لازمٌ ، فأشبهت الإجارة ، وخالفت القراض ؛ لأن الربح ليس له وقتٌ معيَّنٌ ، بخلاف الثمر .

والسنة المطلقة التي يُؤجَّل بها عربيةٌ ؛ لأنها المتبادرة من اللفظ ، فإن [شرطا][2] روميةً أو غيرها وعرفاها . . جاز .

* * *

(**ويجوز ذٰلك إلىٰ مدَّةٍ تبقىٰ فيها**) للاستغلال (**العين في أصحِّ القولين**)

(١) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/١٣٣) مخطوط .

(٢) في الأصل : (شرط) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩٦) .

وَلَا تَجُوزُ فِي ٱلْآخَرِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ . . . .

وإن لم تبين حصة كل سنةٍ كالإجارة ، **وأقلُّ مدتها** : ما تطلع فيه الثمرة وتستغني عن العمل وإن كانت دون سنةٍ ، ولو فاوت بين السنين . . لم يضرَّ ، ووقع في « الروضة » : (لم يصح)[1] ، وهو تحريفٌ .

(**ولا تجوز في الآخر أكثر من سنةٍ**) لأنها عقدُ غررٍ جُوّز للحاجة ، والحاجة لا تدعو إلىٰ أكثر من سنةٍ ؛ لأن المنافع تتكامل فيها .

وفي قولٍ ثالثٍ : لا تجوز علىٰ أكثر من ثلاثين سنة ؛ لأنها شطر العمر الغالب .

* * *

ولا يصح التوقيت بإدراك الثمر ؛ للجهل بوقته ؛ فإنه يتقدَّم تارةً ويتأخَّر أخرىٰ .

ولو انقضت المدَّة وعلى النخيل طلعٌ أو بلحٌ . . فللعامل حصَّته منه ، وعلى [المالك][2] وحده ـ كما رجَّحه الشيخان ـ تعهُّده إلى الجَداد[3] ، ولا يلزم العاملَ أجرةٌ لتبقية حصَّته على الشجر إلىٰ حين الإدراك ؛ لأنه يستحقُّها ثمرةً مدركةً بحكم العقد ، **وقيل** : التعهُّد عليهما ؛ لأن الثمرة مشتركةٌ بينهما ، وجرىٰ عليه صاحب « الانتصار » و« المرشد »[4] .

* * *

وإن أدرك الثمر قبل انقضاء المدَّة . . لزم العامل أن يعمل البقية بلا أجرةٍ ،

---

(١) روضة الطالبين (٣/٧٦٩) .

(٢) في الأصل : (العامل) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٢٢) .

(٣) الشرح الكبير (٦/٦٦) ، روضة الطالبين (٣/٧٧٥) ، **والجداد** : وقت قطعه وحصاده .

(٤) الانتصار (ق ٣/٢٠٦) مخطوط ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٣٩٦) .

وَلَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ جُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنَ ٱلثَّمَرَةِ ؛ كَٱلثُّلُثِ وَٱلرُّبُعِ ، وَإِنْ شَرَطَ أَنَّ لَهُ ثَمَرَةَ نَخَلَاتٍ بِعَيْنِهَا ، أَوْ آصُعاً مَعْلُومَةً مِنَ ٱلثَّمَرَةِ . . لَمْ يَصِحَّ . . . . . .

وإن لم يحدث الثمر إلا بعد المدَّة . . فلا شيء للعامل ؛ كما قاله البغوي[1] ، ورجَّحه الشيخان[2] ، وقال الماوردي : (له حصَّته وإن لم يكن عمل شيئاً ؛ لأن الأصح : أنه شريكٌ لا أجيرٌ)[3] .

[ما شُرِط في الثمر]

(**ولا تجوز إلا علىٰ جزءٍ معلومٍ من الثمرة ؛ كالثلث والربع**) وجزءٍ من ألفِ جزءٍ كالقراض ؛ لأنه أنفىٰ للغرر وأقطع للمنازعة /. ٤٦٧/أ

ويُشتَرط تخصيص الثمر بهما ، واشتراكهما فيه ، فإن شرط له جزءاً غير معلومٍ ؛ كجزءٍ منها . . فسدت .

(**وإن شرط أن له ثمرة نخلاتٍ بعينها ، أو آصعاً معلومةً [من الثمرة]**) والباقي للمالك ، أو بينهما ، أو بعض الثمرة لغيرهما ، أو أن الثمرة كلها للمالك أو للعامل . . (**لم يصح**) لأنه خلاف ما ورد به الخبر[4] .

ولو قال : (علىٰ أن الثمرة بيننا) ، أو : (أن نصفه لي) ، أو : (نصفه لك) وسكت عن الباقي ، أو : (علىٰ أن ثمرة هـٰذه النخلة أو النخلات لي

---

(١) التهذيب (٤/٤١٠) .
(٢) الشرح الكبير (٦/٦٦) ، روضة الطالبين (٣/٧٧١) .
(٣) الحاوي الكبير (٩/١٦٧) .
(٤) تقدم تخريجه أول الباب (٥/٣٢٠) .

والباقي بيننا) ، أو : (علىٰ أن صاعاً من الثمرة لي والباقي بيننا) . . صحَّ في الأولىٰ والثالثة مناصفةً ، دون ما عداها ؛ كما مرَّ [1] في (القراض) [2]

* * *

ولو ساقاه علىٰ نوعٍ ؛ كصيحانيٍّ بالنصف ، وعلىٰ نوعٍ آخر ؛ كعجوةٍ بالثلث . . صحَّ العقد إن عرفا قدر كلٍّ منهما ، وإلا . . فلا ؛ لِمَا فيه من الغرر ، فإن المشروط فيه الأقل قد يكون أكثر ، فإن ساقاه على النصف من كلٍّ منهما . . جاز وإن جهلا قَدْرهما .

* * *

وإن ساقاه في نوعٍ بالنصف علىٰ أن يساقيه في آخرَ بالثلث ، أو علىٰ أن يساقيه العامل علىٰ حديقته . . فسد الأوَّل ؛ للشرط الفاسد ، وكذا الثاني إن عقده جاهلاً بفساد [3] الأوَّل ، وإلا . . فيصح .

أو ساقاه على النصف إن سقىٰ بالدالية ، فإن سقىٰ بالمطر فبالثلث . . لم يصح العقد ؛ للجهل بالعمل والعوض .

* * *

ولو ساقىٰ شريكه المناصف له على الثلثين فأكثر . . صحَّ كالأجنبي ، فإن شرط له مقدار نصيبه أو دونه . . لم يصح ؛ إذ لا عوض ، لاستحقاقه ذٰلك

---

(١) قوله : (كما مر) مكرر في الأصل .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٢٧٢) .

(٣) في الأصل : (لا بفساد) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٣٩٤) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤١٩) .

بالملك ، بل شرط عليه في مسألة ما دون نصيبه : أن يترك بعض ثمرته أيضاً ، ولا أجرة له إذا عمل ؛ لأنه لم يطمع في شيءٍ ؛ كما لو قال لغير شريكه : (ساقيتك علىٰ أن الثمرة كلَّها لي) ، أو ساقاه على الكل . . بطل ، ولـٰكن له عليه الأجرة ؛ لأنه عمل طامعاً ، وقيَّده الغزالي كإمامه تفقُّهاً بما إذا لم يعلم الفساد[(١)] ، وتقدَّم نظير ذٰلك في (القراض)[(٢)] ، وأنه لا فرق بين أن يعلم أو لا ، فهنا كذٰلك[(٣)] .

❋ ❋ ❋

ولو ساقىٰ أحد الشريكَينِ علىٰ نصيبه أجنبياً . . صحَّ ولو بغير إذن شريكه ، ولو ساقى الشريكان ثالثاً . . لم يُشترَط معرفته بحصَّة كلٍّ منهما إلا إن تفاوتا في المشروط له .

ولو ساقىٰ واحدٌ اثنين صفقةً أو صفقتَينِ ؛ هـٰذا بالنصف وهـٰذا بالثلث . . جاز .

ولو كانت حديقةٌ بين ستةٍ أسداساً ، فساقَوا رجلاً علىٰ أن له من نصيب واحدٍ عيَّنوه النصف ، ومن الثاني الربع ، ومن الثالث الثمن ، ومن الرابع

---

(١) قوله : (قيده الغزالي كإمامه تفقُّهاً بما إذا لم يعلم الفساد) كذا في الأصل ، و« أسنى المطالب » (٢/٣٩٤) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٢١) ، والذي في « نهاية المطلب » (٨/٣٨) ، والبسيط (٤/٤٣) : أن محلَّ لزوم الأجرة : إذا علم بفساد المساقاة ، وعبارة الجويني في « نهاية المطلب » والغزالي في « البسيط » واللفظ للجويني رحمهما الله تعالىٰ : (فإن علم المساقىٰ أن المساقاة فاسدة . . فالظاهر : أنه يستحق أجرة المثل) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٢٧٢ ـ ٢٧٣) .

(٣) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٢١) : (وعدم التقييد أوجَهُ ؛ كما مرَّ في « القراض ») .

وَإِنِ ٱنْعَقَدَ . . لَزِمَ كَٱلْإِجَارَةِ . وَعَلَى ٱلْعَامِلِ أَنْ يَعْمَلَ مَا فِيهِ مُسْتَزَادٌ فِي ٱلثَّمَرَةِ ؛ مِنَ ٱلتَّلْقِيحِ ، . . . .

الثلثين ، ومن الخامس الثلث ، ومن السادس السدس . . صحَّ ، فتضرب مخرج الكسور ـ وهو أربعةٌ وعشرون ـ في عدد الشركاء . . يبلغُ مئةً وأربعةً وأربعين ، لكلٍّ منهم أربعةٌ وعشرون ، فللعامل من نصيب صاحب النصف اثنا عشرَ ، ومن الثاني ستةٌ ،/ ومن الثالث ثلاثةٌ ، ومن الرابع ستةَ عشرَ ، ومن الخامس ثمانيةٌ ، ومن السادس أربعةٌ ، فيجتمع له تسعةٌ وأربعون . ٤٦٧/ب

❊ ❊ ❊

(وإن انعقد) عقد المساقاة بالإيجاب والقَبول . . (لزم كالإجارة) بجامع أنهما عقدان على عملٍ على العين مع [بقائها][1] ، وبهذا خالفا القراض ، ولا يُشتَرط تفصيل الأعمال ، ويُحمَل المطلق في كل ناحيةٍ على العرف الغالب فيها إن عرفا ذلك ، فإن جهلاه أو أحدهما . . وجب التفصيل ، ويجري ذلك وإن عقد بغير لفظ المساقاة ؛ كما صرَّح به ابن يونس وإن أفهم كلام « أصل الروضة » : أنه لا يجري إلا في لفظها[2]

[الأعمال الواجبة على العامل]

(وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزادٌ في الثمرة) ويتكرَّر كل سنةٍ (من التلقيح) للنخل ؛ وهو وضع شيءٍ من طلع الذكور في طلع الإناث ، وقطع

(١) في الأصل : (مع بقائهما) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/١٧٦) .
(٢) روضة الطالبين (٣/٧٧٦) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/٦٨) ، و« أسنى المطالب » (٢/٣٩٧) .

وَصَرْفِ ٱلْجَرِيدِ وَإِصْلَاحِ ٱلْأَجَاجِينِ ، وَتَنْقِيَةِ ٱلسَّوَاقِي ، وَٱلسَّقْيِ . . . .

المضرّ بالشجر من الحشيش ونحوه ؛ كالقضبان والجريد ، (**وصَرْف الجريد**) أي : ردُّها عن وجوه العناقيد ، وتسوية العناقيد [بينها] ؛ لتصيبها الشمس ، وليتيسَّر قطعها عند الإدراك ؛ وهو : بفتح الصاد المهملة وإسكان الراء ، ويقال فيه : تصريف الجريد ، وهي عبارة الشافعي والأكثرين [١] ، **والجريد** : سعف النخل ، الواحدة : جريدةٌ ، وذكر الأزهري والأصحاب في معنى التصريف شيئَينِ ؛ **أحدهما** : ما مرَّ ، **والثاني** : أنه قطع ما يضرُّ تركه يابساً وغير يابسٍ [٢]

(**وإصلاح الأجاجين**) التي يثبت فيها الماء ؛ وهي الحُفَر حول الشجر يجتمع فيها الماء لتشربه ، شُبِّهت بإجَّانات الغسل ؛ جمع إجَّانة ، (**وتنقية السواقي**) أي : المجاري للماء والآبار عن الطين ونحوه ، (**والسقي**) وتوابعه ؛ كفتح رأس القناة وسدِّها عند السقي .

نعم ؛ ما يشرب بعروقه من النخل ؛ أي : أو غيره بلا سقيٍ . . حكى البندنيجي عن النصِّ صحَّة المساقاة عليه خاليةً عن السقي . انتهىٰ [٣]

وعليه التعريش للعنب ؛ وهو : أن ينصب أعواداً و[يظلِّلها] [٤] ويرفعه فوقها ،

---

(١) الأم (٥/١٣) .

(٢) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص ١٦٥) .

(٣) انظر « كفاية الأخيار » (ص ٤٠٧) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٣/٤٢٣) : (وأما ما يشرب بعروقه . . فحكى الماوردي فيه ثلاثة أوجه : **أحدها** : أن سقيها على العامل ، **والثاني** : على المالك ، **والثالث** ـ أي : **وهو الظاهر** ـ : يجوز اشتراطه على المالك وعلى العامل ، فإن أطلق . . صح ويكون على العامل) .

(٤) في الأصل : (ويظلها) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٤٢٣) .

وَعَلَىٰ رَبِّ ٱلْمَالِ مَا يُحْفَظُ بِهِ ٱلْأَصْلُ ؛ كَسَدِّ ٱلْحِيطَانِ ، وَحَفْرِ ٱلْأَنْهَارِ ، وَشِرَاءِ ٱلدُّولَابِ . . . .

وحفظ الثمرة على الشجرة وفي البيدر عن السرقة ؛ بجعلِ حشيشٍ أو نحوه فوقه ، وعن الطيور والزنابير ؛ بجعل كلِّ عنقودٍ في وعاء يُهيّئه المالك كقَوْصَرَّةٍ[1] ، وقطعه وتجفيفه إن اعتِيدَ كلٌّ من التعريش وما بعده ، أو شرط على العامل ؛ كما جزم به ابن المقري[2]

[الأعمال الواجبة على المالك]

(**وعلىٰ ربِّ المال ما يحفظ به الأصل**) أي : أصل الثمر ؛ وهو الشجر ، ولا يتكرَّر كل سنةٍ (**كسدِّ الحيطان ، وحفر الأنهار**) جمع نهْر بفتح الهاء وإسكانها ، ويُجمَع أيضاً علىٰ نُهُرٍ بضمتين ، مشتق من : (أنهرت الدم وغيره) أي : أسلته ، وإصلاح ما انهار من النهر (**وشراء الدُّولاب**) بضم الدال وفتحها فارسيٌّ معرَّب ، والأبوابِ ونصبُهما ، وعليه الأعيان ؛ كطلع التلقيح ، وقصب التعريش ، وظروف العناقيد ، والمِنْجَل والمِعوَل ـ بكسر ميمهما ـ والثور وآلته ؛ من المحراث / وغيره ، وخراج الأرض الخراجية . 1/468

وأما وضع الشوك والترقيع اليسير الذي يتَّفق في الجدار . . فبحسب العادة من كونهما على المالك أو العامل ، ونصُّ « الأم » علىٰ أن الثاني على المالك . . يُحمَل علىٰ ما إذا اطَّردتِ العادة به[3]

* * *

---

(١) القوصَرَّة : وعاءٌ من خوصٍ يكنز فيه التمر اللين ، ويُضغَط لينكبس بعضه علىٰ بعضٍ .
(٢) روض الطالب (١/٤٢٢) .
(٣) الأم (٥/١٣) .

وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غِلْمَانُ رَبِّ ٱلْمَالِ وَيَكُونُوا تَحْتَ أَمْرِهِ . . جَازَ عَلَى ٱلْمَنْصُوصِ ، وَتَكُونُ نَفَقَتُهُمْ عَلَىٰ رَبِّ ٱلْمَالِ ، . . . .

ولو شرط في العقد علىٰ أحدهما ما على الآخر . . لم تصح ؛ لمخالفته وضع العقد ، قال الزركشي : (إلا إذا شرط على المالك السقي . . فإنه لا يضرُّ)[١]

وللعامل أن يستأجر لِمَا على المالك ، ولا أجرة له إن عمله بغير إذنٍ ، بخلاف ما إذا عمله بالإذن . . فله أجرته ، **والفرق بين هـٰذا وبين ما إذا قال له :** (اغسل ثوبي) حيث لا يستحقُّ الغسَّال أجرةً : أن هـٰذا العمل [تابعٌ لعملٍ] تجب فيه الأجرة ، بخلاف قوله : (اغسل ثوبي) .

❊ ❊ ❊

ويُشتَرط أن ينفرد العامل بالعمل وباليد في الحديقة ؛ ليتمكَّن من العمل متىٰ شاء .

(**وإن شرط أن يعمل معه غلمان ربِّ المال**) بلا شرطِ يدٍ لهم ولا مشاركةٍ في تدبيرٍ (**ويكونوا تحت أمره . . جاز على المنصوص**)[٢] ، ولا بدَّ من معرفتهم بالرؤية أو الوصف ؛ كما هو في (القراض) ، (**وتكون نفقتهم علىٰ ربِّ المال**) لأنهم ملكه ، ويدخل في الغلمان : الحرُّ الأجير ؛ كما سلف أيضاً في (القراض)[٣] ، فلو شرطت عليه . . جاز ، وكان تأكيداً .

❊

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/٦١) مخطوط .

(٢) الأم (٥/١٥) .

(٣) انظر ما تقدم (٥/٢٨٠ ـ ٢٨١) .

وَإِنْ شَرَطَ أَنْ تَكُونَ عَلَى ٱلْعَامِلِ . . جَازَ . . . .

(**وإن شرط أن تكون**) في الثمرة بغير تقدير جزءٍ معلومٍ . . لم يجز ؛ لأن ما يبقىٰ يكون مجهولاً ، أو شرط أن تكون (**على العامل**) وقُدِّرت . . (**جاز**) لأن العمل عليه ، فلا يبعد أن يلتزم مؤنة من يعمل معه ، وهو كاستئجار من يعمل معه ، وكذا إن لم تتقدَّر ؛ كما شمله إطلاق الشيخ ، وجزم به ابن المقري وأصحاب « الشامل » و« البحر » و« التتمة » وغيرهم [1] ، والعرف كافٍ ؛ لأنه يُتسامَح بمثله في المعاملات ، **وقيل** : لا يكفي ، بل يجب تقديرها ؛ ليعرف ما يدفع إليهم كل يومٍ من الخبز والأدم .

وإن شرط العامل عملهم في حوائجه ، أو استئجار معاونٍ له بجزءٍ من الثمرة أو من مال المالك . . لم تصح ؛ للشرط الفاسد ، فإن جعلت الأجرة من مال العامل . . صحَّت ، وإن شرط الثلث للعامل ، والثلث للمالك ، والثلث يُصرَف [في] نفقة عبيد المالك . . صحَّ ، وكأنه شرط للعامل الثلث ، وللمالك الثلثان .

فرع

[حكم ما لو أعطاه دابةً ليعمل عليها أو ليتعهَّدها وفوائدها بينهما]

لو أعطاه دابةً ليعمل عليها ، أو ليتعهَّدها وفوائدها بينهما . . لم يصح العقد ؛ أما في الأولىٰ . . فلأن الدابة يمكن إيجارها ، فلا حاجة لإيراد عقدٍ

---

(١) روض الطالب (١/٤٢٠ ـ ٤٢١) ، الشامل (ق ٢/٨٦) ، بحر المذهب (٩/٢٤٩) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٣٩٥) .

وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ رَبُّ ٱلْمَالِ . . لَمْ يَجُزْ . وَٱلْعَامِلُ أَمِينٌ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ هَلَاكٍ ، وَيُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ ؛ فَإِنْ ثَبَتَتْ خِيَانَتُهُ . . ضُمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، . . . .

عليها فيه غررٌ ، وأما الثانية . . فلأن الفوائد قد لا تحصل بعمله ، أو ليعلفها من عنده بنصف درِّها ففعل . . ضمن المالك للآخر العلف ـ ووقع في « الروضة » بدل (العلف) : (النصف) [1] ، ونُسِب للسهو ـ وضمن الآخر للمالك نصف الدَّرِّ ، وهو القدر المشروط له ؛ لحصوله بحكم بيعٍ فاسدٍ ، ولا يضمن/ الدابة ؛ لأنها غير مقابلةٍ بعوضٍ ، أو ليعلفها بنصفها ، ففعل . . فالنصف المشروط مضمونٌ على العالف بحكم الشراء الفاسد دون النصف الآخر . ٤٦٨/ب

(**وإن شرط أن يعمل معه ربُّ المال**) أو أن يراجعه ، أو تكون اليد له . . (**لم يجز**) لِمَا ذكرنا في (القراض) [2] .

[يد العامل يد أمانةٍ]

(**والعامل أمينٌ فيما يدَّعيه من هلاكٍ ، ويُدَّعىٰ عليه من [خيانةٍ]**) [3] كما مرَّ في المقارَض [4] ، (**فإن ثبتت [خيانته]**) [5] ببينةٍ أو إقرارٍ أو يمينِ الردِّ . . (**ضُمَّ إليه من يشرف عليه**) إلىٰ أن يتمَّ العمل ، ولا تُزال يده ، وعليه

---

(١) روضة الطالبين (٣/٧٨٤) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٢٨٠) .

(٣) في الأصل : (جناية) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٤) انظر ما تقدم (٥/٢٩٦) .

(٥) في الأصل : (جنايته) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

فَإِنْ لَمْ يَنْحَفِظْ بِٱلْمُشْرِفِ . . ٱسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُ عَنْهُ . . . .

أجرته ، (**فإن لم ينحفظ بالمشرف . . استُؤجِر عليه من ماله من يعمل عنه**) لتعذُّر استيفاء العمل منه وهو حقٌّ عليه ، ورُفِعت يده ؛ كما لو كان [مالٌ] بين شريكَينِ تعذَّرت قسمته ، وظهرت خيانة أحدهما . . فالحاكم يرفع يده عنه .

نعم ؛ إن كانت المساقاة علىٰ عينه . . لم يستأجر عنه ، بل يثبت للمالك الخيار ؛ كما نبَّه عليه الأذرعي وغيره[1]

* * *

ولو لم يثق أحدهما بيد صاحبه ، وخُرِصتِ الثمار بعد بدوِّ الصلاح ، وضمن أحدهما نصيب صاحبه تمراً أو زبيباً . . جاز[2] ؛ كما في (الزكاة) .

وإن وثق بيد صاحبه . . ترك الثمر إلىٰ وقت الإدراك ، فيُقسَم بينهما ، أو يبيع أحدهما نصيبه من الآخر ، أو يبيعان لثالثٍ .

* * *

ولو خرجت الأشجار المساقىٰ عليها بعد العمل مستحَقةً . . فللعامل على الغاصب الذي ساقاه أجرة المثل لعمله إن جهل ذٰلك ، فإن علم الحال . . فلا شيء له ، ويستردُّ المالك مع الأشجار الثمرة بأرشها إن نقصت قيمتها ، فإن تلفت الثمرة أو تلف الشجر . . طُولِب الغاصب وكذا العامل ببدله ؛ لثبوت يد كلٍّ منهما علىٰ ذٰلك ، بخلاف الأجير للعمل في الحديقة المغصوبة ؛ فإن المالك لا يطالبه ، وإنَّما يطالب الغاصب فقط ؛ لأن اليد عليها في الحقيقة

---

(١) قوت المحتاج (٣/٤١٥) .

(٢) أي : كل من الخرص والضمان .

وَإِنْ هَرَبَ ٱلْعَامِلُ . . ٱسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُ عَنْهُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . . ٱقْتُرِضَ عَلَيْهِ . . . .

إنَّما هي له لا للأجير ، ويرجع العامل على الغاصب بما غرمه ، لٰكن قرار ضمان نصيبه عليه ، فلا يرجع به عليه ؛ لأنه أخذه عوضاً في معاوضةٍ ، فأشبه المشتري من الغاصب .

[حكم ما لو هرب العامل أو عجز عن إتمام العمل]

(**وإن هرب العامل**) أو مرض ، أو عجز بغير ذٰلك قبل الفراغ من العمل . . لم يبطل عمله الذي عمله ، وأتمَّه المالك أو غيره بنفسه أو بماله متبرِّعاً ، [وبقي][(١)] استحقاق العامل ، ولا يلزم المالك إجابة الأجنبي المتطوع .

فإن لم يتمه مَن ذُكِر ، ورفع المالك الأمر إلى الحاكم . . (**استُؤجر عليه من ماله**) أي : العامل (**من يعمل عنه**) بأن يكتري منه من يتمِّمه ؛ لأنه دَينٌ عليه ، فينوب عنه الحاكم عند تعذُّره بعد ثبوتِ المساقاة وهربِ العامل مثلاً ، وتعذُّر [الإنفاذ][(٢)] في طلبه .

هٰذا ؛ إذا كان له مالٌ ولو عقاراً ، (**فإن لم يكن له مالٌ**) غير الثمر . . باع الحاكم نصيبه أو بعضه منه بقدر ما يفي بالأجرة ، واكترىٰ به/إن بدا صلاحه ، ١/٤٦٩ فإن لم يبدُ صلاحه ، أو لم يخرج الثمر . . (**اقتُرِض عليه**) من المالك أو غيره

---

(١) في الأصل : (بقي) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٢) في الأصل : (الإنقاذ) ، والتصويب من سياق عبارة « فتح الوهاب » (١/٢٤٥) ، و« الإقناع » (٢/١٤) .

فَإِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ رَبُّ ٱلْمَالِ بِغَيْرِ إِذْنِ ٱلْحَاكِمِ . . لَمْ يَرْجِعْ ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَىٰ إِذْنِهِ ، . . . .

إن لم يجد من يعمل بأجرةٍ مؤجَّلةٍ مدَّة إدراك [الثمر][1] ؛ لتعذُّر بيع نصيبه وحده في الأولىٰ ؛ للحاجة إلىٰ شرط قطعه ، وتعذُّره في الشائع ، ولفقد الثمرة في الثانية ، واستأجر بما اقترضه ، ويقضيه العامل بعد زوال مانعه ، فإن لم يقضه . . قضاه الحاكم من نصيبه بعد بدوِّ الصلاح ، فإن وجد من يتمُّ العمل بذٰلك . . استغنىٰ عن الاقتراض وحصل الغرض .

نعم ؛ إن كانت المساقاة على العين . . لم يستأجر عليه ؛ كما جزم به صاحب « المعين » والنشائي[2] ، واستظهره غيرهما[3] ؛ لتمكُّن المالك من الفسخ .

وقولهم : (استقرض) و(استأجر عنه) يفهم أنه ليس له أن يساقي عنه ، وهو كذٰلك .

* * *

(**فإن أنفق عليه ربُّ المال**) أي : دفع أجرة من يعمل فيه ، أو عمل بنفسه بإذن الحاكم ليرجع . . جاز ؛ كمسألة هرب الجمَّال ، وقد صحَّحه هنا جمعٌ متأخِّرون ، أو (**بغير إذن الحاكم**) مع قدرته عليه . . (**لم يرجع**) لأنه متبرِّعٌ ، (**فإن لم يقدر علىٰ إذنه**) بأن فقده بالناحية ، أو كان فوق مسافة العدوىٰ ،

---

(١) في الأصل : (الثمن) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٤٢٥) .

(٢) المعين لأهل التقوىٰ على التدريس والفتوىٰ (ق/٩٨) مخطوط ، نكت النبيه (ص ٦٠٢ ـ ٦٠٣) .

(٣) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٢٥) : (**وهٰذا هو الظاهر**) .

فَأَنْفَقَ وَلَمْ يُشْهِدْ . . لَمْ يَرْجِعْ ، وَإِنْ أَشْهَدَ . . فَقَدْ قِيلَ : يَرْجِعُ ، وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ ذَٰلِكَ . . فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ ٱلْعَقْدَ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ ظَهَرَتِ ٱلثَّمَرَةُ . . فَٱلثَّمَرَةُ لِلْمَالِكِ ، وَلِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مَا عَمِلَ . . . .

أو حاضراً ولم يجبه ، أو عجز عن الإثبات (**فأنفق**) أو عمل (**ولم يُشهد . . لم يرجع**) لتقصيره بترك الإشهاد ، ولو عدم الشهود . . لم يرجع أيضاً ؛ لأنه عذرٌ نادرٌ .

(**وإن أشهد**) على العمل أو الاستئجار ، وصرَّح في الإشهاد بإرادة الرجوع . . (**فقد قيل**) **وهو الأصح** : (**يرجع**) للضرورة .

(**وقيل : لا يرجع**) كي لا يكون حاكماً لنفسه .

* * *

(**وإن لم يمكن ذٰلك**) أي : تعذَّر الاقتراض وغيره من الاكتراء ، أو الإنفاق والعمل قبل خروج الثمرة . . (**فله أن يفسخ [العقد]**) لتعذُّر استيفاء المعقود عليه ؛ كإباق المبيع قبل القبض .

والثمرةُ للمالك ، وللعامل أجرة مثل عمله ؛ **كما قال** : (**فإن لم يكن قد ظهرت الثمرة . . فالثمرة للمالك ، وللعامل أجرة ما عمل**) قبل هربه أو نحوه ، ولا يقال بتوزيع الثمار علىٰ أجرةِ مثلِ جميع العمل ؛ لأنها ليست موجودةً عند العقد حتىٰ يقتضي العقد التوزيع فيها .

*

ولو تطوَّع آخر عن العامل . . لم يلزم المالك إجابته ؛ لأنه قد لا يأتمنه ، ولا يرضىٰ بدخوله ملكه ، لٰكن لو عمل عنه بغير علم المالك وحصلت الثمرة . .

وَإِنْ ظَهَرَتْ . . فَهِيَ لَهُمَا ؛ فَإِنِ ٱخْتَارَ ٱلْمَالِكُ ٱلْبَيْعَ . . فُعِلَ ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ . . بِيعَ مِنْهُ نَصِيبُ ٱلْعَامِلِ . . . .

سلَّم للعامل نصيبه منها ، قال في « الروضة » : (كذا قالوه ، ولو قيل : وجود المتبرِّع كوجود مقرضٍ حتىٰ يمتنع الفسخ . . لكان قريباً)[١] .

قال الزركشي : (**والظاهر** : ما قالوه ؛ لِمَا في قَبوله من المِنَّة ، كما لو تبرَّع غرماء المفلس بأداء ثمن السلعة من [عين][٢] أموالهم . . لا يلزم المالك القَبول) ، ثم قال : (أما لو لم يقصد التطوع عن [العامل][٣] . . **فظاهرٌ** : أنه لا يُسلَّم للعامل نصيبه ؛ كنظيره في « الجعالة »)[٤] .

* * *

(**وإن**) تعذَّر ما ذُكِر بعد أن (**ظهرت**) وقبل بدوِّ صلاحها . . (**فهي لهما**) ولم يفسخ المالك لأجل الشركة ، ولا تُباع / الثمرة بشرط القطع ؛ لتعذُّر قطعها للشيوع . ٤٦٩/ب

(**فإن اختار المالك البيع**) أي : بيع جميع الثمرة . . (**فُعِل**) أي : بيع الجميع بشرط القطع ؛ لعدم المانع ، فيصح البيع ، (**وإن لم يختر**) ذٰلك . . (**بِيعَ منه**) أي : المالك (**نصيب العامل**) أو بعضه علىٰ قدر ما يحتاج إليه من الأجرة إن اختار المالك ذٰلك .

---

(١) روضة الطالبين (٣/٧٨١) .

(٢) في الأصل : (غير) ، والتصويب من « أسنى المطالب » .

(٣) في الأصل : (الغمل) ، والتصويب من « أسنى المطالب » .

(٤) انظر « أسنى المطالب » (٢/٣٩٩) .

فَإِنْ لَمْ يَخْتَرِ ٱلشِّرَاءَ . . تُرِكَ إِلَىٰ أَنْ يَصْطَلِحَا . وَإِنْ مَاتَ ٱلْعَامِلُ ، فَتَطَوَّعَ وَرَثَتُهُ بِٱلْعَمَلِ . . ٱسْتَحَقُّوا ٱلثَّمَرَةَ . . . .

هـٰذا ؛ إذا جوَّزنا بيع الثمرة قبل بدوِّ الصلاح من مالك الشجر بدون شرط القطع ؛ كما صحَّحه في « أصل الروضة » هنا(١) ، لـٰكن **الأصح في بابه** : عدم الصحَّة ؛ كما مرَّ(٢) .

فعليه : يكون حكمه كما لو امتنع المالك من الشراء في قوله : (**فإن لم يختر**) أي : المالك (**الشراء . . تُرِك**) ذٰلك (**إلىٰ أن يصطلحا**) قال البغوي : (أو يبدو الصلاح ؛ إذ لا طريق غير ذٰلك)(٣) .

* *

(**وإن مات العامل**) [المساقَىٰ](٤) في ذمَّته قبل العمل ، ولم يخلِّف تركةً ، (**فتطوَّع ورثته بالعمل**) بأنفسهم أو مالهم . . (**استحقُّوا الثمرة**) أي : نصيب مورِّثهم من الثمرة ؛ لأنها لم تنفسخ كالإجارة ، فينتقل نصيبه إليهم بالإرث .

ونبَّه الشيخ بقوله : (فتطوَّع ورثته) أنه لا يجب عليهم .

وعلى المالك تمكينهم أو نائبهم من ذٰلك إن كانوا عارفين بأعمال المساقاة أُمناء ، **ويُشترَط في نائبهم** : أن يكون كذٰلك .

* *

---

(١) روضة الطالبين (٣/٧٨١) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/٧٢) .

(٢) انظر ما تقدم (٤/١٨٣) .

(٣) التهذيب (٤/٤١٤) .

(٤) في الأصل : (الساقي) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٤٢٥) .

وَإِنْ لَمْ يَعْمَلُوا . . ٱسْتَأْجَرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . . فَلِرَبِّ ٱلْمَالِ أَنْ يَفْسَخَ . وَيَمْلِكُ ٱلْعَامِلُ حِصَّتَهُ مِنَ ٱلثَّمَرَةِ بِٱلظُّهُورِ ، وَزَكَاتُهُ عَلَيْهِ . . . .

(**وإن**) خلَّف تركةً و(**لم يعملوا**) أو لم يكونوا كما ذُكِر . . (**استأجر**) أي : الحاكم في الأولىٰ ، و[ورثة] العامل في الثانية (**من ماله**) في الأولىٰ ، ومنه أو من مال الوارث في الثانية [(**من يعمل**)] ، ولا يُجبَر الوارث على الأداء من التركة كسائر الدُّيون ، **وفي معنى التركة** : نصيبه من الثمرة ، قاله القاضي وغيره[1]

(**فإن لم يكن له مالٌ . . فلربِّ المال أن يفسخ**) لتعذُّر استيفاء المعقود عليه ، ولا يستقرض على الميت ؛ لأن ذمَّته خربت ، بخلاف الحيِّ .

فإن كانت المساقاة علىٰ عين العامل . . انفسخت بموته ؛ كالأجير المعيَّن ، ولا ينفسخ بموت المالك ، بل يُتِمُّ العامل ويأخذ نصيبه .

[ما يملك به العامل حصَّته]

(**ويملك العامل حصَّته من الثمرة بالظهور**) قطعاً كالمالك ، (**وزكاته**) أي : قدر حصَّته (**عليه**) لتمام ملكه ، هٰذا إذا بلغ نصيبه نصاباً ، أو أثبتنا فيه الخلطة وبلغ الجميع نصاباً ، وإلا . . لم تجب ؛ كما عُلِم ذٰلك من (باب الزكاة)[2]

---

(١) انظر « المطلب العالي » (ق١٣/ ٥٧) مخطوط ، وفي هامش الأصل : (بلغ مقابلة بحرم خير الأنام بالروضة الشريفة) .

(٢) انظر ما تقدم (٢/ ٥٧٣ ـ ٥٧٤) .

وَقِيلَ : قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : هَـٰذَا ، وَٱلثَّانِي : لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِٱلتَّسْلِيمِ . . . .

(**وقيل : قولان**) وهـٰذه الطريقة هي الصحيحة : (**أحدهما : هـٰذا**) أي : ما تقدَّم ، **وهـٰذا هو الأصح** .

(**والثاني : لا يملك إلا بالتسليم**) وفي نسخةٍ : (**إلا بالقسمة**) أي : كالقراض ، **وفرق الأوَّل** : بأن الفائدة هنا ليست وقايةً للأصل ، بخلافه ثَمَّ .

وأغصان النخل والكِرْناف [١] وكذا الليف ـ كما قاله الأذرعي [٢] ـ للمالك ، فلو شرط أن يكون ذٰلك بينهما . . جاز ؛ كما نقله الزركشي عن الصيمري [٣] ، **وقيل** : لا يجوز ؛ لأنه ليس من معهود [النماء] [٤] ولا مقصوده ، قاله الروياني [٥] ، ولو شُرِطت للعامل . . بطل العقد قطعاً .

والقِنْو وشماريخه بينهما ، وفي دخول العرجون [٦] **وجهان** في « البحر » ؛ **والأوجَهُ** : أنه للمالك [٧] / . أ/٤٧٠

وللمساقىٰ في ذمَّته أن يساقي غيره لينوب عنه ، ثم إن شرط له مثل

---

(١) هو أصل السَّعَف الذي يبقىٰ بعد قطعه في جذع النخلة .
(٢) التوسط والفتح (ق ٦/١٦٣) مخطوط .
(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٠٠) .
(٤) في الأصل : (الثمار) ، والتصويب من « بحر المذهب » .
(٥) بحر المذهب (٩/٢٣٩) .
(٦) **القِنْو للنخلة** : مثل العنقود للعنب ، **والشماريخ** : أغصان دقيقة تنبت في أعلى الغصن الغليظ ، **والعرجون** : ما يحمل التمر والعذق ، وهو من النخل كالعنقود من العنب .
(٧) بحر المذهب (٩/٢٣٩) .

وَإِنْ سَاقَاهُ فِي ٱلْمَرَضِ ، وَبَذَلَ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةِ ٱلْمِثْلِ . . ٱعْتُبِرَتِ ٱلزِّيَادَةُ مِنَ ٱلثُّلُثِ ، وَقِيلَ : تُعْتَبَرُ مِنْ رَأْسِ ٱلْمَالِ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي ٱلْقَدْرِ ٱلْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ . . تَحَالَفَا .

نصيبه أو [دونه][1] . . فذاك ظاهرٌ ، أو شرط له أكثر منه . . صحَّ العقد فيما يقابل قدر نصيبه دون الزائد ؛ تفريقاً للصفقة ، ولزمه أن يعطي الثاني للزائد أجرة المثل ، فإن كانت المساقاة علىٰ عينه ، فعامل غيره . . انفسخت بتركه العمل ، لا بمجرَّد العقد ، وكانت الثمرة كلها للمالك ، ولا شيء للعامل الأول ، وللثاني عليه الأجرة إن جهل الحال ، وإلا . . فلا .

* * *

(**وإن ساقاه في المرض ، وبذل له**) أي : جعل له نصيباً من الثمرة (**أكثر من أجرة المثل . . اعتُبِرت الزيادة من الثلث**) لأنها محاباةٌ ؛ كما لو أجَّر دابته بدون أجرة المثل .

(**وقيل : تُعتَبر من رأس المال**) كالقراض ، وقد تقدَّم الفرق بينهما في بابه[2] .

[حكم الاختلاف بين المالك والعامل]

(**وإن اختلفا في القدر المشروط للعامل**) ولا بيِّنة لأحدهما ، أو لهما بيِّنتان وتساقطا . . (**تحالفا**) وفُسِخ العقد ؛ كما في (القراض)[3] ، وللعامل

(١) في الأصل : (دنه) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٤٢٦) .
(٢) انظر ما تقدم (٥/٣٠٥) .
(٣) انظر ما تقدم (٥/٢٩٩) .

على المالك أجرة عمله إن فسخ العقد بعد العمل وإن لم يثمر الشجر ، وإلا فلا أجرة له .

* * *

ولو اختلف شريكان مع عاملٍ في القدر المشروط له ، فصدَّقه أحدهما وكذَّبه الآخر . . فالتحالف يجري في نصيب المكذِّب ، وتُقبَل شهادة المُصدِّق عليه وله ؛ لأنه غير متَّهمٍ ، وحكم اختلاف المالك والعامل في قدر الشجر المعقود عليه وفي ردِّه وفي هلاكه . . كما في (القراض) وتقدَّم بيانه (١)

خاتمة

[في حكم بيع المالك نخل المساقاة]

بيع المالك نخل المساقاة قبل خروج الثمرة . . لا يصح ؛ لأن للعامل حقاً فيها ، فكأن المالك استثنىٰ بعضها ، وبيعه بعده صحيحٌ ، ويكون العامل مع المشتري . . كما كان مع البائع ، وليس للمالك بيع نصيبه من الثمرة وحدها بشرط القطع ؛ لتعذُّر قطعه لشيوعه .

قال [القاضي] (٢) في « فتاويه » : (لو شرط المالك على العامل أعمالاً تلزمه ، فأثمرت الأشجار ، والعامل لم يعمل بعض تلك الأعمال . . استحقَّ من

---

(١) انظر ما تقدم (٢٩٩/٥) .

(٢) في الأصل : (البغوي) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤٠١/٢) ، و« مغني المحتاج » (٤٢٦/٢) ، وتصح نسبة « فتاوى القاضي حسين » للبغوي باعتبار أنه جامعها ؛ كما قاله السبكي في « قضاء الأرب في أسئلة حلب » (ص ٥٣٧) .

الثمرة بقدر ما عمل ، وإن عمل نصف ما لزمه . . استحقَّ نصف ما شرط له) انتهىٰ[1]

وهٰذا مبنيٌّ علىٰ أن العامل ليس بشريكٍ ، أما إذا قلنا به ـ وهو الأصح ؛ كما مرَّ[2] ـ . . فيستحقُّ حصَّته وإن لم يعمل ، وبذٰلك أفتىٰ شيخنا الشهاب الرملي[3]

[جواز وضع الجماجم على الزرع خوفاً من العين]

قال الدميري : (وفي « فتاوى القاضي خان » وغيره من كتب الحنفية : يجوز وضع الجماجم على الزرع خوفاً من العين ؛ لِمَا رُوِي : « أن امرأةً أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبي الله ؛ إنَّا أهل زرعٍ ، وإنَّا نخاف العين ، فأمرها صلى الله عليه وسلم أن تضع الجماجم على الزرع »)[4] ؛ أي : من غير الآدمي ، أما منه . . فيحرُم .

❋ ❋ ❋

(١) فتاوى القاضي حسين (ص ٢٦٥) .

(٢) انظر ما تقدم (٣٣١/٥) .

(٣) حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب (٤٠١/٢) .

(٤) النجم الوهاج (٣١٣/٥) ، والحديث أخرجه البزار في « مسنده » (٦٦٧) عن سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه بنحوه مرفوعاً ، والبيهقي (١٣٨/٦) برقم (١١٨٦٧) عن عمر بن علي زين العابدين رحمهما الله تعالىٰ بنحوه منقطعاً .

بَابُ المزارعة

ٱلْمُزَارَعَةُ : أَنْ يُسَلِّمَ ٱلْأَرْضَ إِلَىٰ رَجُلٍ لِيَزْرَعَ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا .
وَلَا يَجُوزُ ذَٰلِكَ إِلَّا عَلَى ٱلْأَرْضِ ٱلَّتِي بَيْنَ ٱلنَّخْلِ ، وَيُسَاقِيهِ عَلَى ٱلنَّخْلِ ،

(باب) بيان (المزارعة) وحكمها

وأذكر فيه بيان المخابرة وحكمها ، وهي مأخوذةٌ من [الخَبير] [١] ؛ وهو : الأَكَّار ؛ أي : الزَّرَّاع ، ويقال : من الخَبَار ـ بفتح الخاء وتخفيف الباء ـ وهي : الأرض الرخوة ، زاد الجوهري : (ذات [الجِحَرَةِ]) [٢]

٭ ٭ ٭

٤٧٠/ب أما (**المزارعة**) . . فهي (**أن يُسلِّم**) المالك (**الأرض إلىٰ رجلٍ**)/ ويعطيه البذر (**ليزرع**) له الأرض (**ببعض ما يخرج منها**) .

(**ولا يجوز ذٰلك**) للنهي عنها في الصحيح [٣] ، (**إلا على الأرض التي بين النخل**) وشجر العنب تبعاً ؛ لعسر الإفراد ، وعليه يُحمَل خبر « الصحيحين » السابق أول الباب السابق [٤] ، (**ويساقيه على النخل**) أو شجر العنب

---

(١) في الأصل : (الخبر) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤٠١/٢) .
(٢) الصحاح (٥٥٥/٢) ، مادة (حجر) ، وفي الأصل : (الحجارة) ، والتصويب من « الصحاح » .
(٣) أخرج مسلم (١٥٤٩) واللفظ له ، وابن حبان (٥١٨٨) عن سيدنا ثابت بن الضحاك رضي الله عنه : (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المزارعة) .
(٤) تقدم ذكره وتخريجه (٣٢٠/٥) .

وَيُزَارِعُهُ عَلَى ٱلْأَرْضِ ، وَيَكُونُ ٱلْبَذْرُ مِنْ صَاحِبِ ٱلْأَرْضِ ، فَيَجُوزُ ذَٰلِكَ تَبَعاً لِلْمُسَاقَاةِ ، وَقِيلَ : إِنْ كَانَ ٱلنَّخْلُ قَلِيلاً وَٱلْبَيَاضُ كَثِيراً . . لَمْ يَجُزْ . . . . . .

(ويزارعه على الأرض ، ويكون البذر من صاحب الأرض ، فيجوز ذٰلك تبعاً للمساقاة) فلا بدَّ من تقدُّم عقد المساقاة ؛ بأن يأتي بالمزارعة عقب المساقاة في عقدٍ واحدٍ ، ومن لفظهما ، فلا يغني أحدهما عن الآخر ؛ كما جزم به الشيخان (١)

نعم ؛ لو أتىٰ بلفظٍ يتناولهما ؛ كقوله : (عاملتك على النخيل والبياض بالنصف فيهما) . . كفىٰ ، وحكى الإمام فيه الاتفاق (٢)

ومِنِ اتحاد العامل ؛ بأن يكون عامل المزارعة هو عامل المساقاة وإن تعدَّد ؛ لأن [الاختلاف] (٣) يزيل التبعية .

ومِنْ تعذُّر إفراد النخل أو شجر العنب بالسقي والبياض بالزراعة ، فإن أمكن ذٰلك . . لم تجز المزارعة ؛ لعدم الحاجة .

ومِنْ ألَّا يُفصَل بين المساقاة والمزارعة في العقد ؛ لتحصل التبعية .

والأصح : أن كثير البياض مساحةً . . كقليله في صحَّة المزارعة عليه للحاجة .

(وقيل : إن كان النخل قليلاً والبياض كثيراً . . لم يجز) لأن الكثير لا يكون تابعاً .

---

(١) الشرح الكبير (٦/٥٦) ، روضة الطالبين (٣/٧٨٩ ـ ٧٩٠) .

(٢) نهاية المطلب (٨/١٧) .

(٣) في الأصل : (الإخلاف) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٤١٧) .

[المخابرة]

وأما المخابرة . . فهي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل ، ولا يجوز ذٰلك ؛ للنهي عنها في خبر « الصحيحين »(1) ولو تبعاً للمساقاة ؛ لعدم ورود ذٰلك .

واختار النووي من جهة الدليل صحَّة كلٍّ منهما مطلقاً ؛ تبعاً لابن المنذر وغيره ، قال : (والأحاديث مُؤَوَّلة علىٰ ما إذا شرط لواحدٍ زرع قطعةٍ معيَّنةٍ ولآخر أخرىٰ)(2) ، **والمذهب** : ما تقرَّر .

وأُجيب عن الدليل المجوِّز لهما : بحمله في المزارعة علىٰ جوازها تبعاً ؛ كما مرَّ ، أو بالطريق الآتي ، وفي المخابرة علىٰ جوازها بالطريق الآتي .

وكالبياض فيما ذُكِر : زرعٌ لم [يبدُ](3) صلاحه ؛ كما اقتضاه كلام « الروضة » كـ « أصلها »(4) .

* *

فإن أُفرِدَتِ المزارعة . . فالمغلُّ للمالك ؛ لأنه مالك البذر ، وعليه للعامل

---

(1) صحيح البخاري (٢٣٨١) واللفظ له ، صحيح مسلم (٨١/١٥٣٦) عن سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال : (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المخابرة ، والمحاقلة ، وعن المزابنة ، وعن بيع الثمر حتىٰ يبدو صلاحها ، وألَّا تباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا) .

(2) روضة الطالبين (٧٨٨/٣) ، الأوسط من السنن والإجماع والاختلاف (٦٨/١١ ـ ٦٩) .

(3) في الأصل : (يبدو) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (٢٤٦/١) .

(4) روضة الطالبين (٧٨٩/٣) ، الشرح الكبير (٥٦/٦) .

أجرة عمله وآلاته ودوابِّه ؛ لبطلان العقد ، وعمله لا يحبط .

هٰذا ؛ إن سَلِم الزرع ، فإن تلف بآفةٍ . . **فالمنقول عن المتولي في نظيره من الشركة الفاسدة** : أن لا شيء للعامل ؛ لأنه لم يحصل للمالك شيءٌ(١) ، وصوَّبه النووي(٢) ، **وما قيل** : من أن له الأجرة ؛ كنظيره في القراض الفاسد . . **رُدَّ** : بأنه في القراض كالأجير ، وهنا كالشريك(٣) .

أو [المخابرة](٤) . . فالمغلُّ للعامل وعليه للمالك أجرة مثل الأرض .

ولو كان البذر منهما . . فالغلَّة لهما ، ولكلٍّ على الآخر أجرةُ مثلِ ما انصرف من منافعه علىٰ حصَّة صاحبه .

* * *

---

(١) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق٦/١٠٤) مخطوط .

(٢) روضة الطالبين (٣/٤٨٠) .

(٣) كلام الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤١٨) يفيد اعتماد أن له الأجرة وإن تلف الزرع ، وعبارته مع « منهاج الطالبين » : (« وعليه للعامل أجرة عمله . . . » سواء حصل من الزرع شيءٌ أم لا ؛ أخذاً من نظيره في « القراض » ، وذٰلك لأنه لم يرضَ ببطلان منفعته إلا ليحصل له بعض الزرع ، فإذا لم يحصل له وانصرف كل المنفعة إلى المالك . . استحقَّ الأجرة ، **فإن قيل** : المنقول عن المتولي في نظيره من الشركة الفاسدة فيما إذا أتلف الزرع بآفةٍ : أنه لا شيء للعامل ؛ لأنه لم يحصل للمالك شيءٌ ، وصوَّبه المصنف ، فيكون الحكم هنا كذٰلك .

أُجيب : بأن العامل هنا أشبه به في القراض من الشركة ، علىٰ أن الرافعي قال في كلام المتولي : لا يخفىٰ عدوله عن القياس الظاهر) .

(٤) في الأصل : (بالمخابرة) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٤٦) .

وَلَا يَجُوزُ ذَٰلِكَ إِلَّا عَلَىٰ جُزْءٍ مَعْلُومٍ مِنَ ٱلزَّرْعِ كَٱلْمُسَاقَاةِ .

وطريق جعل الغلَّة لهما في إفراد المزارعة ولا أجرة : كأن يكتري المالك
1/471 / العامل بنصفي البذر ومنفعة الأرض شائعَينِ ، أو بنصف البذر ويعيره نصف الأرض شائعَينِ ليزرع له باقي البذر في باقي الأرض ، [فيكون][1] لكلٍّ منهما نصف المغلِّ شائعاً ؛ لأن العامل استحقَّ من منفعتها بقدر نصيبه من الزرع ، والمالك من منفعته بقدر نصيبه من ذٰلك ، أو أن يقرض المالك العامل نصف البذر ، ويؤجِّره نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلاته ودوابه ، أو يعيره نصف الأرض والبذر منهما ، لٰكن البذر في هٰذا ليس كله من المالك .

❊

وطريق جعل الغلَّة لهما في إفراد المخابرة ولا أجرة : كأن يستأجر العامل نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع دوابه وآلاته ، أو بنصف البذر ويتبرَّع بالعمل والمنافع .

❊

(**ولا يجوز ذٰلك**) أي : كون المزارعة تبعاً للمساقاة (**إلا علىٰ جزءٍ معلومٍ من الزرع كالمساقاة**) للخبر[2] .

ولا يُشترَط تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع ، فيجوز أن يشرط للعامل نصف الثمر وربع الزرع .

---

(١) في الأصل : (ليكون) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/٢٤٦) .

(٢) تقدم ذكره وتخريجه (٥/٣٢٠) .

خاتمة

[في حكم المساقاة علىٰ غير النخل والعنب تبعاً لهما]

لو ساقاه علىٰ شجرٍ غير النخلٰ وشجر العنب تبعاً للمساقاة عليهما . . صحَّ العقد ؛ كالمزارعة تبعاً ، ويُعتبَر فيه ما يُعتبَر في عقدها من الشروط المتقدِّمة [١] ؛ كما يفهمه كلام الماوردي [٢]

* * *

(١) انظر ما تقدم قريباً (٥/٣٥٢) وما بعدها .

(٢) الحاوي الكبير (٩/١٦٩ ـ ١٧٠) .

بابُ الإِجَارة

(باب) بيان أحكام (الإجارة)

هي ـ بكسر الهمزة أشهر من ضمها وفتحها : من (آجره) بالمد (يؤجره إيجاراً) ، ويقال : (أجره) بالقصر (يأْجِرُه) بضم الجيم وكسرها (أجراً) ـ **لغةً** : اسمٌ للأجرة .

وشرعاً : عقدٌ علىٰ منفعةٍ مقصودةٍ معلومةٍ قابلةٍ للبذل والإباحة بعوضٍ معلومٍ .

خرج بـ (**منفعة**) : العين ، وبـ (**مقصودة**) : التافهة ، وبـ (**معلومة**) : القراض ، والجعالة علىٰ عملٍ مجهولٍ ، وبـ (**قابلة**) لِمَا ذُكِر : منفعة البضع ، وبـ (**عوض**) : هبة المنافع ؛ فهي إعارةٌ **على الصحيح** ، والوصية بها ، والشركة ، والإعارة ، وبـ (**معلوم**) : المساقاة ، والجعالة علىٰ عملٍ معلومٍ بعوضٍ مجهولٍ ؛ كالحج بالرزق ، ودلالة الكافر لنا علىٰ قلعةٍ بجاريةٍ منها .

نعم ؛ يرد عليه بيع حقِّ الممرِّ ونحوه ، والجعالة علىٰ عملٍ معلومٍ بعوضٍ معلومٍ ، لٰكن زاد بعضهم في الحدِّ : (إلىٰ غايةٍ) فيخرج بيع حقِّ الممرِّ ونحوه ؛ فإنه لا إلىٰ غاية ، لأنه بيع منفعةٍ مؤبَّدةٍ .

❊ ❊

والأصل فيها قبل الإجماع آيةُ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ ﴾ [1] ، **وجه الدلالة** : أن

(١) سورة الطلاق : (٦) .

الإرضاع بلا عقدٍ : تبرُّعٌ لا يوجب أجرةً ، وإنَّما يوجبها ظاهراً [العقدُ][1] ، فتعيَّن ، وخبرُ البخاري : (أن النبي صلى الله عليه وسلم والصديق رضي الله عنه استأجرا رجلاً من بني الدُّئِل يقال له : عبد الله بن الأُرَيقِط)[2]

وخبر مسلمٍ : (أنه صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن المزارعة و[أمر] بالمُؤَاجرة)[3]

وروى ابن ماجه والبيهقي : أنه صلى الله عليه وسلم قال : « أعطوا الأجير أُجرته قبل أن يجفَّ عرقه »[4] ،/ وأن علياً رضي الله عنه أجَّر نفسه من يهوديٍّ ، فاستقىٰ له كل دلوٍ [بتمرةٍ] حتىٰ بلغ بضعاً وأربعين دلواً[5] ٤٧١/ب

وفي « الصحيحين » وغيرهما : (أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجَّام أُجرته)[6]

---

(١) في الأصل : (لعقد) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٠٣) .

(٢) صحيح البخاري (٢٢٦٣) عن سيدتنا أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها .

(٣) صحيح مسلم (١٥٤٩) عن سيدنا ثابت بن الضحاك رضي الله عنه ، وفي الأصل : (أمره) ، والتصويب من مصدر التخريج .

(٤) سنن ابن ماجه (٢٥٥٨) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، السنن الكبير (٦/١٢١) برقم (١١٧٦٩) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

(٥) سنن ابن ماجه (٢٥٦١) ، السنن الكبير (٦/١١٩) برقم (١١٧٥٩) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وفي الأصل : (بثمرة) ، والتصويب من مصادر التخريج .

(٦) صحيح البخاري (٢٢٧٩) ، صحيح مسلم (١٢٠٢/٦٥) كتاب المساقاة ، باب حل ←

ٱلْإِجَارَةُ بَيْعٌ ....

والمعنىٰ فيها : أن الحاجة داعيةٌ إليها ؛ إذ ليس لكلِّ أحدٍ مركوبٌ ومسكنٌ وخادمٌ ، فجُوِّزت لذٰلك ؛ كما جُوِّز بيع الأعيان .

ولها أربعة أركانٍ : عاقدان ، وصيغةٌ ، وأجرةٌ ، ومنفعةٌ .

* * *

وقد أخذ في بيان ذٰلك فقال : (**الإجارة بيعٌ**) للمنافع ، وهي المعقود عليها ؛ لأنها التي تُستَحقُّ بالعقد ويُتصرَّف فيها ، **وقيل** : المعقود عليه العين ليُستوفىٰ منها المنفعة ؛ لإضافة اللفظ إليها غالباً ، ولأن المنفعة معدومةٌ ، ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً ، قال الشيخان : (ويشبه ألَّا يكون خلافاً محقَّقاً ؛ لأن من قال بالثاني .. لا يعني به أن العين تُملَك بالإجارة ؛ كما تُملَك بالبيع ، ومن قال بالأوّل .. لا يقطع النظر عن العين بالكليَّة)[١]

ونازع في ذٰلك ابن الرفعة ؛ بأن في « البحر » وجهاً : أن حليَّ الذهب لا تجوز إجارته بالذهب ، وحليَّ الفضة لا تجوز إجارته بالفضة ، ولا يظهر له وجهٌ إلا على التخريج بأن المُؤجَّر العين ؛ فقد صار خلافاً محقَّقاً ، ونشأ منه الاختلاف في هٰذا الفرع[٢]

← أجرة الحجامة ، وأخرجه ابن حبان (٥١٥٠) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وقد تقدم (٥٢٧/٣) .

(١) الشرح الكبير (٨١/٦) ، روضة الطالبين (٣٥/٤) .

(٢) كفاية النبيه (٢٠٤/١١) ، بحر المذهب (٣٠٩/٩) .

تَصِحُّ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ٱلْبَيْعُ ، وَتَصِحُّ بِلَفْظِ ٱلْإِجَارَةِ وَٱلْبَيْعِ . . . .

وقال ابن الملقن : (**تظهر فائدة الخلاف** : في استئجار الكلب ، وإجارة المستأجر قبل قبضه ؛ إن جعلنا مورد العقد العين . . صحَّت الإجارة في المسألة الثانية ، وإلا . . فسدت ؛ لأن المنافع غير مقبوضةٍ)[١]

* * *

(**تصح ممَّن يصح منه البيع**) وتقدَّم بيانه في بابه[٢] ، فلا تصح من غيره كالبيع ، (**وتصح بلفظ الإجارة**) لأنه الموضوع لها ؛ كـ (آجرتك هٰذا سنةً بكذا) ، أو : (ملَّكتك منفعته سنةً بكذا) ، أو : (آجرتك منفعة هٰذا الشيء سنةً بكذا) ؛ لأن المنفعة مملوكةٌ بالإجارة ، فذكرُها فيها تأكيدٌ ؛ كما في : (بعتك رقبة هٰذا أو عينه) ، أو : (أكريتك هٰذا سنةً بكذا) ، أو : (جعلت لك منفعته سنةً بكذا) ، أو : (ألزمت ذمَّتك عمل كذا بكذا) ، أو : (أعطيتك منفعته سنةً بكذا) .

(**و**) في قول : تصح بلفظ (**البيع**) كـ (بعتك منفعته سنةً بكذا) لأنه قد ثبت أنه بيعٌ ، وصحَّحه جمعٌ من المتأخِّرين ؛ كالإسنوي والأذرعي[٣]

وكلفظ (البيع) : لفظ (الشراء) ، **والأصح** : المنع ؛ لأن لفظ البيع أو الشراء وُضِع لتمليك العين ، فلا يُستعمَل في المنفعة ؛ كما لا يُستعمَل لفظ الإجارة في ذٰلك .

---

(١) هادي النبيه (ق ١٥٨/١) مخطوط .
(٢) انظر ما تقدم (٩/٤) .
(٣) المهمات (١٣٥/٦) ، قوت المحتاج (٤١٨/٣) .

وَتَصِحُّ عَلَىٰ كُلِّ مَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ . . . .

وظاهره : أنه لا يكون كنايةً فيها أيضاً ، خلافاً لمن بحث أنه يكون كنايةً ؛ لأن : (بعتك) ينافي قوله : (سنةً) مثلاً ، فلا يكون صريحاً ولا كنايةً .

قال الزركشي : (**والظاهر** : انعقادها بالكناية مع النية كالبيع ، ويظهر تصويرها بقوله : « اسكن الدار شهراً أو سنةً بكذا » ، أو : « جعلت لك منفعتها سنةً بكذا »)[1]

1/472 ولا بدَّ من قَبول المستأجر ؛/ كسائر عقود المعاوضات ؛ كـ (اكتريتُه ، واستأجرتُه ، واستأجرتُ منفعته) ، لا : (اشتريت منفعته) كما مرَّ .

[المنفعة التي تصح الإجارة عليها]

(**وتصح علىٰ كل منفعةٍ مباحةٍ**) لأنها ثبتت على الإرضاع بالنصِّ ؛ بقوله تعالىٰ : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ . . . ﴾ الآية[2] ، مع كثرة الغرر فيه ؛ فإن اللَّبن قد يقلُّ ويكثر ، وكذا شرب الرضيع ، ففي غيره أَولىٰ .

وحقيقة المباح : ما استوىٰ طرفاه من أفعال المكلَّفين ؛ فقولنا : (أفعال المكلَّفين) [احترازٌ][3] من أفعال الله تعالىٰ ، وأفعال الساهي والنائم ، والصبي والمجنون ، والبهيمة ؛ فكلُّ هٰذه مستوية الطرفين ، ولا تُسمَّىٰ مباحةً ؛

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/٨) مخطوط .

(٢) الأم (٥/٤٣) ، والآية من سورة (الطلاق) : (٦) .

(٣) في الأصل : (احترازاً) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَفِي إِجَارَةِ ٱلْكَلْبِ لِلصَّيْدِ ، وَٱلْفَحْلِ لِلضِّرَابِ ، وَٱلدَّرَاهِمِ وَٱلدَّنَانِيرِ لِلزِّينَةِ . . وَجْهَانِ ؛ أَظْهَرُهُمَا : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَٰلِكَ . . . .

لأن الإباحة حكمٌ شرعيٌّ ؛ وهو : الإذن للمكلَّف في الفعل ، فهٰذا معناه في [الأصول] [1]

وأما الفقهاء . . [فيطلقونه] غالباً علىٰ ما ليس بحرامٍ ، سواء أكان واجباً أم مندوباً أم مكروهاً أم مستوي الطرفين ، وهو مراد الشيخ هنا .

* * *

(**وفي إجارة الكلب للصيد**) أو لحراسة الزرع أو الماشية أو الدرب (**والفحل للضراب ، والدراهم والدنانير للزينة . . وجهان ؛ أظهرهما : أنه لا يجوز في جميع ذٰلك**) إذ لا قيمة لمنفعة الكلب شرعاً ، ولأن اقتناءه ممنوعٌ إلا لحاجةٍ ، وما جُوّز للحاجة . . لا يجوز أخذُ العوض عليه ؛ كركوب البدنة المهداة ، بخلاف إجارة الفهد والبازي والشبكة للصيد ، والهرَّة لدفع الفأر .

وضرابُ الفحل غير مقدورٍ علىٰ تسليمه ؛ لتعلُّقه باختيار الحيوان ، و[منفعةُ] [2] الزينة غير متقوّمةٍ ، فلا تُقابَل بمالٍ ، بخلاف عاريتها للزينة ؛ كما مرَّ في بابها [3]

(١) في الأصل : (الأصل) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٢٠) .

(٢) في الأصل : (منفعته) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٠٦) .

(٣) انظر ما تقدم (٥/١٣٣) .

وَلَا تَصِحُّ عَلَىٰ مَنْفَعَةٍ مُحَرَّمَةٍ ؛ كَٱلْغِنَاءِ . . . .

والوجه الثاني : الجواز ؛ لأنها منافع تُستبَاح بالإعارة ، [فاستحقَّت][1] بالإجارة كسائر المنافع .

وخرج بـ (منفعة) : ألَّا يتضمَّن عقد الإجارة استيفاء عينٍ قصداً وإن تضمَّن استيفاءَها تبعاً لضرورةٍ أو حاجةٍ ؛ كما سيأتي[2] ، فاستئجار البستان لثمره ، والشاة لصوفها أو نتاجها أو لبنها . . باطلٌ ؛ لأن الأعيان لا تُملَك بعقد الإجارة قصداً .

[حكم الاستئجار على الغناء]

وبـ (مباحة) : ما ذكره بقوله : **(ولا تصح علىٰ منفعةٍ محرَّمةٍ ؛ كالغِناء)** بالمد وكسر الغين المعجمة ، ولا يكتب إلا بالألف ، وأما الغنىٰ بالمال . . فمقصورٌ ، ويكتب بالياء ، وكون الغناء [مُحرَّماً] هو ما اقتضاه كلام « الروضة » في (كتاب البيع)[3] .

والأصح ـ كما في « المنهاج » تبعاً لـ « أصله » ، وفي « الروضة » تبعاً لـ « أصلها » في (كتاب [الشهادات])[4] ـ : حلُّه ، وجمع في « الكفاية »

---

(١) في الأصل : (فاستبيحت) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٢٠٩) ، و« بداية المحتاج في شرح المنهاج » (٢/٣٩٦) .

(٢) انظر ما سيأتي (٥/٣٧١) .

(٣) روضة الطالبين (٣/١٨) ، وانظر « المهمات » (٥/٤٦ ـ ٤٧) .

(٤) منهاج الطالبين (ص ٥٧١) ، المحرر (٣/١٦٧٦) ، روضة الطالبين (٧/٣٧٨ ـ ٣٧٩) ، الشرح الكبير (١٣/١٣) ، وفي الأصل : (الشهادة) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَٱلزَّمْرِ ، وَحَمْلِ ٱلْخَمْرِ . . . .

بين الكلامين فقال : (كلام الشيخ ومن تبعه علىٰ ما إذا تبعه شيءٌ من الآلات المحرَّمة ، والآخر محمولٌ على الغناء المجرَّد)[1]

قال الإسنوي : (وفي تحريمه في الحالة الأولىٰ نظرٌ ، بل ينبغي تحريم سماع تلك الآلة ، ويبقى الغناء علىٰ إباحته) انتهىٰ[2] ، **وهـٰذا هو التحقيق** .

وإذا قلنا بإباحته . ./ **هل يصح الاستئجار عليه أو لا ؟** قال الولي العراقي : (لم يتكلَّم الرافعي عليه ، وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم علىٰ بطلانه ، وقال الأستاذ أبو منصور البغدادي : إنه مذهب الشافعي ، وقال بالصحَّة ابن الفركاح وحمزة بن يوسف الحموي)[3] ، قال : (و[**يؤيده**][4] ما قاله الرافعي عن المتولي : أن استئجار الطيور المسموعة للاستئناس بصوتها جائزٌ ، وحينئذٍ ؛ فصوت الآدمي أَولىٰ ، لـٰكنه نقل أيضاً عن « التهذيب » : أنه على الخلاف في استئجار النقدين) انتهىٰ[5] ، **والقول بالصحَّة أوجَهُ**[6] ٤٧٢/ب

(**والزمر**) والنياحة (**وحمل الخمر**) غير المحترمة لا للإراقة ؛ لأن ذٰلك محرَّمٌ فلا يجوز أخذ العوض عليه ؛ كبيع الميتة ، أما الاستئجار علىٰ حمل

---

(١) كفاية النبيه (١١/٢١٢) .

(٢) المهمات (٥/٤٨) .

(٣) تحرير الفتاوي (٢/٢٦٤) .

(٤) في الأصل : (يؤيدها) ، والتصويب من « تحرير الفتاوي » .

(٥) تحرير الفتاوي (٢/٢٦٤ ـ ٢٦٥) .

(٦) أشار إلىٰ هـٰذا الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٣٤) حيث قال : (وجعل في « التنبيه » من المحرَّمات : الغناء ، وفيه كلام ذكرته في « شرحه ») .

الخمر للإراقة ، أو حمل المحترمة . . فجائزٌ ؛ كنقل الميتة إلى المزبلة .

ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص والحدِّ .

وكما يحرُم أخذ الأجرة على المحرَّم . . يحرُم الإعطاء لها إلا لضرورةٍ ؛ كفكِّ الأسير ، وإعطاء الشاعر لئلا يهجوه ، والظالم ليدفع ظلمه ، والحاكم ليحكم بالحقِّ ، فلا يحرُم الإعطاء عليها .

* * *

وعُلِم من نفيه الصحَّة في إجارة الكلب والدراهم والدنانير : أن المنفعة لا بدَّ أن تكون متقوِّمة ؛ كاستئجار الدار للسكنىٰ ، والمسك والرياحين للشمِّ ، لا استئجار تفاحةٍ لذٰلك ؛ لأنها تافهةٌ لا تُقصَد له ، فهي كحبَّة بُرٍّ في البيع .

ولو استأجر الشجر للاستظلال بظلِّها أو الربط بها ، أو [طائراً][1] للأنس [بصوته كالعندليب] أو لونه كالطاووس . . صحَّ .

* * *

وبنفيه الصحَّة في استئجار الفحل : أنها لا بدَّ أن تكون [مقدوراً][2] علىٰ تسليمها ؛ كما في البيع ، فإجارة الآبق والمغصوب لغير من هو في يده ولا يقدر على انتزاعه عقب العقد . . لا تصح ، ولا إجارة الأعمىٰ[3] للحراسة

(١) في الأصل : (طائر) ، والتصويب من « روض الطالب » (١/٤٢٧) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٣٢) .

(٢) في الأصل : (مقدورة) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٢٠٦) .

(٣) أي : ولا تصح إجارة الأعمىٰ .

ببصره ، وغير القارئ لتعليم القرآن في إجارة العين ولو اتَّسعتِ المدَّة لتعلمه قبل تعليمه ؛ لأن المنفعة مستحقَّة من عينه ، والعين لا تقبل التأجيل ، بخلافها في إجارة الذمَّة ؛ لأنها سَلَمٌ في المنافع .

[حكم الاستئجار على القُرَب]

ولا بدَّ من حصول المنفعة للمستأجر ، فالقربة المحتاجة للنية ؛ كالصلاة والاعتكاف لا يُستأجَر لها ؛ لأن القصد منها امتحان المكلَّف بكسر نفسه بفعلها ، ولا يقوم الأجير مقامه في ذلك إلا إن دخلها النيابة ؛ كالحج والعمرة وتفرقة الزكاة .

وما لا نية فيه من القُرَب : إن كان فرض كفايةٍ شائعاً في الأصل ؛ كالجهاد . . فلا يُسْتَأجَر له مسلمٌ ولو عبداً أو كان المستأجر هو الإمام ، وإن كان غير شائعٍ في الأصل ؛ كتجهيز الميت وتعليم القرآن . . جاز الاستئجار عليه ولو تعيَّن على الأجير .

ومعنىٰ عدم شيوع فرض الكفاية في الأصل في تجهيز الميت : أن تجهيزه بالمؤن يختصُّ بالتركة ، ثم بمال من تلزمه نفقته ، فإن لم يكن . . فعلى الناس القيام بها .

وفي تعليم القرآن : أن التعليم بالمؤن يختصُّ بمال المتعلِّم ، ثم بمال من تلزمه / نفقته ، فإن لم يكن . . فعلى الناس القيام بها . 1/473

* * *

وتصح للأذان ، والأجرة عليه بجميع صفاته ، لا علىٰ رفع الصوت ، ولا علىٰ رعاية الوقت ، ولا تصح للإمامة ولو لنافلةٍ كالتراويح ، ولا للقضاء ، ولا للتدريس .

نعم ؛ إن عيَّن أشخاصاً ومسائل مضبوطةً . . فإنه يجوز .

[حاصل شروط المنفعة]

فيُشترَط في المنفعة ـ كما يُؤخَذ من كلامه فيما مضىٰ وفيما يأتي ـ سبعة شروطٍ :

ـ ألَّا تكون محرَّمةً ؛ مباحةً كانت كالركوب ، أو عبادةً كالحج .

ـ وأن تكون مقدوراً علىٰ تسليمها .

ـ وأن تكون معلومة القدر والصفة برؤية العين أو بوصفها .

ـ وأن يمكن اتصال الشروع في استيفائها .

ـ وأن تكون [متقومة] (١)

ـ وألَّا يتضمَّن العقد عليها استهلاك عينٍ قصداً .

ـ وأن تكون واقعةً لمن خرج عوضها عن ملكه .

واحترز به عن الاستئجار للإمامة ونحوها ؛ فإنها لا تصح كما مرَّ ؛ لأن فائدتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا يحصل للمستأجر ، بل للأجير .

(١) في الأصل : (مقومة) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٢٠٦) .

وَتَصِحُّ ٱلْإِجَارَةُ عَلَىٰ مَنْفَعَةِ عَيْنٍ مُعَيَّنَةٍ ؛ كَٱسْتِئْجَارِ ٱلدَّارِ لِلسُّكْنَىٰ ، وَٱلْمَرْأَةِ لِلرَّضَاعِ . . . .

[أقسام الإجارة]

والإجارة قسمان : واردةٌ علىٰ عينٍ ، وواردةٌ علىٰ ذمَّةٍ .

[القسم الأول : إجارة العين]

وقد أخذ في بيان القسم الأول فقال : (وتصح الإجارة علىٰ منفعة عينٍ [معيَّنةٍ] ؛ كاستئجار الدار للسكنىٰ) ولو كانت مشغولةً بأمتعةٍ يمكن تفريغها في مدَّةٍ لا تُقابَل بأجرةٍ ، فلا تصح إجارة ما لم يَرهُ ، ولا المشغولة بأمتعةٍ لا يمكن تفريغها إلا في مدَّةٍ تُقابَل بأجرةٍ .

* * *

(و) تصح إجارة (المرأة للرضاع) للطفل ولو أُمَّه ، وكان الاستئجار من الزوج علىٰ إرضاعها اللِّبأ ، ولا بدَّ في غير الأم من إذن زوجها إن كانت حرّةً ؛ لأن أوقاتها مستغرقةٌ بحقِّه ، فإن أذن . . صحَّ ، وليس للمستأجر منع الزوج من وطئها في أوقات فراغها ، ولو لزم الإرضاع ذمَّتها أو غيره من الأعمال . . جاز بغير إذن الزوج ، ولو كان الزوج غائباً غيبةً بعيدةً ، أو كان طفلاً ، فآجرت نفسها لعملٍ بمنزلها بحيث يظن فراغها منه قبل تمكُّنه من التمتُّع بها . . فالمتَّجه ـ كما قال الأذرعي ـ : الصحَّة [1]

(١) قوت المحتاج (٣/٤٢٦) .

وَٱلرَّجُلِ لِلْحَجِّ ، وَٱلْبَيْعِ وَٱلشِّرَاءِ ، وَٱلدَّابَّةِ لِلرُّكُوبِ . . . .

أما الأمة . . فلسيدها إيجارها بغير [إذن] زوجها ؛ لأن له الانتفاع بها ، وليس للزوج منعها من المكتري ، ولا يُمنع من الوطء .

قال الأذرعي : (وينبغي أن تكون المكاتبة كالحرَّة ؛ إذ لا سلطنة للسيِّد [عليها])[١] ، قال الزركشي : (والعتيقة المُوصَىٰ بمنافعها أبداً . . لا يُعتبَر إذن الزوج في إيجارها)[٢]

* * *

(و) إجارة (**الرجل**) مثلاً (**للحج**) أو العمرة أو لهما ، في تلك السنة أو غيرها ؛ إن كانت الإجارة في الذمَّة ، (**والبيع والشراء**) إذا كان يحصل فيهما تعبٌ ولم يكونا من معيَّنٍ ، فلا يصح الاستئجار علىٰ كلمةٍ لا تتعب وإن روَّجتِ السلعة ، ولا البيع من معيَّن ولا الشراء منه ؛ لأنه غير مقدورٍ علىٰ تحصيله ؛ لأنه قد لا يسمح بذٰلك ، ففيه غررٌ ، بخلاف الوكالة ؛ فإنها تصح كما مرَّ[٣]

* *

(و) إجارة (**الدابة للركوب**) فإن كانت معينةً . . اشتُرِط رؤيتها كالبيع ، ولا يُشترَط معرفة الذكورة والأنوثة ، خلافاً للزركشي[٤] ؛ لأن المشاهدة

٤٧٣/ب / كافيةٌ ، أو للركوب في الذمَّة . . [اشتُرِط][٥] ذكر الجنس والنوع والأنوثة

---

(١) قوت المحتاج (٤٢٦/٣) .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ق ١٥/٣) مخطوط .

(٣) انظر ما تقدم (٥٩/٥ ـ ٦٠) .

(٤) تكملة كافي المحتاج (ق ٢٢/٣) مخطوط .

(٥) في الأصل : (اشتراط) ، والتصويب من « روض الطالب » (٤٣١/١) .

وَتَجُوزُ عَلَىٰ مَنْفَعَةٍ فِي ٱلذِّمَّةِ ؛ كَٱلِاسْتِئْجَارِ لِتَحْصِيلِ ٱلْحَجِّ ، وَتَحْصِيلِ حُمُولَةٍ إِلَىٰ مَكَانٍ . . . .

أو الذكورة ، وصفة سيرها ؛ كبحرٍ أو قطوفٍ[1] ، وقدر السير كل يومٍ مكاناً أو زماناً إن لم تكن منازل معتادة .

* * *

ويتبع الشرط وإن خالف العرف في سير الليل والنهار ، وفي النزول في القرىٰ أو الصحاري ، [وفي][2] سلوك أحد الطريقين ، فإن لم يكن شرطٌ . . فالعرف .

ولو قال : (استأجرتك لكذا) ، أو : (لتعمل كذا) . . فإجارةُ عينٍ ؛ للإضافة إلى المخاطب ، وقيل : إجارة ذمَّة ؛ لأن المقصود : حصول العمل من جهة المخاطب ، فله تحصيله بغيره[3] .

[القسم الثاني : إجارة الذمَّة]

ثم أخذ في بيان القسم الثاني فقال : (وتجوز علىٰ منفعةٍ في الذمَّة ؛ كالاستئجار لتحصيل الحج ، وتحصيل حُمولة) بضم الحاء المهملة ؛ وهي الأحمال **(إلىٰ مكان)** معيَّنٍ ؛ كما يصح البيع علىٰ معينٍ وموصوفٍ في الذمَّة ، أما الحَمولة بالفتح . . فهي الإبل التي تحمل الأحمال ؛ قال الله تعالىٰ :

---

(١) **بحر** : سريعة واسعة الجَري ، **وقطوف** : بطيئة .

(٢) في الأصل : (أو في) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤١٦) .

(٣) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بحرم خير البرية تجاه الحضرة الشريفة) .

فَإِنْ كَانَ عَلَىٰ مَنْفَعَةِ عَيْنٍ . . لَمْ يَجُزْ إِلَّا عَلَىٰ عَيْنٍ يُمْكِنُ ٱسْتِيفَاءُ ٱلْمَنْفَعَةِ مِنْهَا ؛ فَإِنِ ٱسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِلزِّرَاعَةِ . . لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يَكُونَ لَهَا مَاءٌ يُؤْمَنُ ٱنْقِطَاعُهُ ؛ كَمَاءِ ٱلنَّهْرِ ، وَٱلْمَدِّ بِٱلْبَصْرَةِ ، وَٱلثَّلْجِ وَٱلْمَطَرِ بِٱلْجَبَلِ ، وَإِنْ كَانَ بِمِصْرَ . . لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ تَرْوَى ٱلْأَرْضُ بِٱلزِّيَادَةِ . . . .

﴿ حَمُولَةً وَفَرْشًا ﴾[1] فُسِّرتِ الحَمولة بالكبار منها ، والفرش بالصغار .

* * *

(فإن كان) عقد الإجارة (علىٰ منفعة عينٍ . . لم يجز) ذٰلك (إلا علىٰ عينٍ يمكن استيفاء المنفعة منها ؛ فإن استأجر أرضاً للزراعة) قبل أن تروىٰ . . (لم يجز حتىٰ يكون لها ماءٌ يُؤمَن انقطاعه ؛ كماء النهر) والعين والبئر (والمَدِّ) بفتح الميم وتشديد الدال ، وأصله : [السيل][2] (بالبَصرة) بفتح الباء أشهر من كسرها وضمها (والثلج والمطر بالجبل) والأرض وكان الغالب فيها الحصول ، وإذا حصل . . كفاها ؛ لأنَّا بذٰلك نثق بحصول المعقود عليه .

(وإن كان بمصر . . لم يجز حتىٰ تَروَى الأرض بالزيادة) أي : زيادة النيل ، وهٰذا محمولٌ علىٰ أرضٍ لا تَروَىٰ [بما يزيد][3] من الماء غالباً ؛ كخمسةَ عشرَ

---

(١) سورة الأنعام : (١٤٢) .

(٢) في الأصل : (النيل) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٢٠) ، و« كفاية النبيه » (١١/٢١٩) .

(٣) في الأصل : (إلا بما يزيد) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٢١٦) ، و« هادي النبيه » (ق ١/١٥٩) مخطوط .

ذراعاً ، وقال السبكي : (ستةَ عشرَ)[1] ، وهو المسمَّىٰ بـ (ماء السلطان) ، فإن كانت تَروَىٰ من الزيادة التي لا تنقطع إلا نادراً . . صحَّ ، هـٰذا إذا لم يكن لها شربٌ إلا منه ؛ لأنه لا يُوثَق به ، وإن كان لها شرب غيره . . كفىٰ .

وإنَّما لم تصح فيما عدا ذٰلك ؛ لعدم القدرة على التسليم ، ومجرَّد الإمكان لا يكفي ؛ كإمكان عَود الآبق .

* * *

ويجوز استئجار الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها وإن سترها عن الرؤية ؛ لأن الماء من مصالحها ؛ كاستتار الجوز واللوز بالقشر .

هـٰذا ؛ إن وثق بانحساره وقت الزراعة ، وإلا . . فلا يصح ، لا يقال : التمكُّن من الانتفاع عقب العقد شرطٌ والماء يمنعه ؛ لأن الماء من مصالح الزرع ، ولأن صرفه ممكنٌ في الحال ؛ بفتح موضعٍ ينصبُّ إليه ، فيتمكَّن من الزرع حالاً ؛ كإيجار دارٍ مشحونةٍ بأمتعةٍ يمكن نقلها في زمنٍ لا أجرة له .

ولو كانت الأرض علىٰ شطِّ نهرٍ ، والظاهر أنه يغرقها وتنهار في الماء . . لم يصح استئجارها ؛ لعدم القدرة علىٰ تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر . . جاز استئجارها ؛ **لأن الأصل والغالب** : السلامة .

* * *

وإن استأجر أرضاً للزراعة ولها شربٌ معلومٌ . ./لم يدخل في العقد إلا بشرطٍ أو عرفٍ مطَّردٍ ، فإن اضطرب العرف فيه ؛ بأن كانت تُكرىٰ وحدها 1/٤٧٤

---

(١) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٧٢) مخطوط .

وَلَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ مَنْفَعَةِ عَيْنٍ مَعْرُوفَةٍ . . . .

تارةً ومع الشرب أخرىٰ . . لم يصح العقد ؛ للاضطراب في الأولىٰ ، وكما لو استثنىٰ ممَّر الدار في بيعها في الثانية ، إلا إن وجد شرب غيره . . فيصح في الصورتَينِ ؛ لزوال المانع .

ولو قال المؤجر : (آجرتُكها علىٰ أنها أرضٌ بيضاء لا ماء لها) ، ولم يقل : (لتنتفع بها) . . فلا بدَّ من بيان جنس المنفعة .

* * *

(**ولا تجوز إلا علىٰ منفعة عينٍ معروفةٍ**) أي : معلومةٍ عيناً ؛ لاختلاف المنفعة باختلافها ، فلا تصح إجارة أحد العبدَينِ مثلاً ؛ للجهل بالعين المستأجرة ، وكذا صفةً بالرؤية في إجارة العين ، وقدراً فيها وفي إجارة الذمَّة علىٰ ما سيأتي .

* * *

ولو استأجره ليعلِّمه عشر آيات من سورة كذا . . لم يصح حتىٰ يعيِّنها ، فلو عيَّن سورةً كاملةً . . أغنىٰ عن ذكر الآيات ، ولا بدَّ أن يكون المتعلِّم مسلماً ، أو كافراً يُرجَىٰ إسلامه ، فلو قال : (لتعلِّمني شهراً) . . جاز ولو لم يبيِّن قراءة نافعٍ ولا غيرها ، ويعلِّمه الأغلب من قراءة البلد ؛ كما قاله الروياني والماوردي [1]

ولو كان المتعلِّم ينسىٰ ما يتعلَّمه . . فهل على الأجير إعادة تعليمه أو لا ؟ يرجع في ذٰلك إلى العرف الغالب ، فإن لم يكن عرفٌ غالبٌ . .

(١) الحاوي الكبير (١٢/٢٠) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٤١٢) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٣٨) : (فإن لم يكن فيها أغلب . . علَّمه ما شاء من ذٰلك ، وهٰذا أوجه) .

فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ إِلَّا بِٱلرُّؤْيَةِ كَٱلْعَقَارِ . . لَمْ تَجُزْ حَتَّىٰ يُرَىٰ . وَلَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةِ ٱلْقَدْرِ . . . .

فالأوجَهُ ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ : اعتبار ما دون الآية [1]

* * *

(**فإن لم يُعرَف**) أي : المستأجَر (**إلا بالرؤية كالعقار . . لم تجز**) أي : الإجارة (**حتىٰ يُرَىٰ**) لتعيُّنه طريقاً لنفي الغرر ؛ لأن العقار لا يثبت في الذمَّة حتىٰ يُعرَف بالصفة ، فانحصرت معرفته في الرؤية ، فلا تكون إجارته إلا إجارة عينٍ ، **ولهٰذا** : لا يصح استئجار دارٍ في الذمَّة ، ويصح استئجار دابةٍ موصوفةٍ في الذمَّة .

فيُشترَط في استئجار الحمَّام : معرفة بيوته ، وبئر الماء التي يُسقَىٰ منها ، ووجهَيِ الدست الذي يسخن فيه الماء إن أمكن ، وموضع الإيقاد والوقيد ، ومنتقع الماء ؛ وهو : ما يجتمع فيه الماء الخارج من الحمَّام ، ومطرح الرماد ، ولا يدخل الوقيد والأُزُرُ والأواني وما يتبعها ؛ كالحبل في إجارة الحمَّام ولا في بيعه .

[بيان كيفية تقدير المنفعة]

(**ولا تجوز إلا علىٰ منفعةٍ معلومة القدر**) نفياً للغرر ، ثم التقدير للمنفعة : إما بالزمان ؛ كسكنىٰ دارٍ سنةً ، كأن يقول : (آجرتكها لتسكنها) ، فلو قال : (علىٰ أن تسكنها) . . لم يجز ؛ كما قاله في « البحر » قال : (ولا يجوز أن يقول : لتسكنها وحدك ، ذكره بعض أصحابنا) [2]

(١) زاد في « أسنى المطالب » (٢/٤١٢) ، و« مغني المحتاج » (٣/٤٣٩) : (فإذا علَّمه بعضها فنسيه قبل أن يفرغ من باقيها . . لزم الأجير إعادة تعليمها) .

(٢) بحر المذهب (٨/٢٨٠) .

فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَتَقَدَّرُ إِلَّا بِٱلْعَمَلِ ؛ كَٱلْحَجِّ وَٱلرُّكُوبِ إِلَىٰ مَكَانٍ . . قُدِّرَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَتَقَدَّرُ إِلَّا بِٱلزَّمَانِ ؛ كَٱلسُّكْنَىٰ وَٱلرَّضَاعِ . . . .

أو بالعمل ؛ كخياطة هـٰذا الثوب ، سواء أكانت إجارة عينٍ أو ذمَّةٍ ، بخلاف التقدير بالزمان ؛ لا يأتي في إجارة الذمَّة ، وقد يسوغ التقدير بهما معاً .

[التقدير بالعمل]

وقد شرع الشيخ في بيان ذٰلك فقال : **(فإن كان ممَّا لا يتقدَّر إلا بالعمل)** وذٰلك في إجارة الذمَّة **(كالحج)** أو العمرة ، أو هما ؛ كـ (ألزمت ذمَّتك ذٰلك) ، **(والركوب إلىٰ مكانٍ)** عيَّنه . . **(قُدِّر به)** أي : بالعمل لا بالزمان ؛ لأن التقدير/ بالزمان لا يأتي في إجارة الذِّمَّة ، فلو قال : (ألزمت ذمَّتك [عمل] الخياطة [1] شهراً) . . لم يصح ؛ لأنه لم يعيِّن عاملاً ولا محلّاً للعمل . ٤٧٤/ب

نعم ؛ إن بيَّن صفة العمل ونوع محلِّه . . صحَّ ؛ كما بحثه ابن الرفعة [2] ، وصرَّح به القفَّال ، وعلَّله بأنه لا فرق بين الإشارة إلى الثوب ووصفه [3] .

[التقدير بالزمن]

(وإن كان ممَّا لا يتقدَّر إلا بالزمان ؛ كالسكنىٰ) للعقار **(والرضاع)** إذ منافع العقار وتقدير اللَّبن إنَّما تُضبَط بالزمان ، ويجب تعيين الرضيع ؛ لاختلاف

---

(١) في الأصل : (على الخياطة) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤١١) ، و« تحفة المحتاج » (٦/١٤٤) .
(٢) كفاية النبيه (١١/٢٢٠ ـ ٢٢١) .
(٣) فتاوى القفَّال (ق/١١٣) مخطوط .

وَٱلتَّطْيِينِ ....

[الغرض باختلاف] حاله ، والحضانة كالرضاع ، والاستئجار لهما معاً كذٰلك لا يتقدَّر إلا بالزمان ، ولا يستتبع أحدهما الآخر .

ويُشترَط في الإجارة للرضاع : بلوغ المرضع تسع سنين ـ كما في « البيان »[1] ـ أي : تقريباً .

ولا تجوز الإجارة علىٰ لبن شاةٍ ، بخلاف المرأة ؛ لأن اللَّبن في ضرع الشاة حكمه حكم العين ، ولبن الآدمية له حكم المنفعة .

* * *

والحضانة الكبرىٰ : حفظُ صبيٍّ ، وتعهُّده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ، وتطهيره من النجاسات ، ودهنه وكحله ، وربطه في المهد ، وتحريكه لينام ونحوها ممَّا يحتاج إليه .

والحضانة الصغرىٰ : أن تلقمه بعد وضعه في حجرها مثلاً الثدي ، وتعصره عند الحاجة .

والمستحقُّ بالإجارة المنفعةُ ، واللَّبن تبعٌ ، ولو انقطع اللَّبن في استئجارٍ له وللحضانة . . انفسخ العقد فيه دونها ؛ تفريقاً للصفقة ، وعلى المرضعة الغذاء بما يدرُّ لبنها ، وللمكتري أن يطالبها بذٰلك .

* * *

(و) كما في (**التطيين**) والتجصيص ؛ فإن سمكهما لا ينضبط رقَّةً وثخناً ، وكما في الاكتحال ؛ فإن قَدْر الدواء لا ينضبط ، ويختلف بحسب

---

(١) البيان (١١/١٣٩) .

قُدِّرَ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَتَقَدَّرُ بِهِمَا ؛ كَٱلْخِيَاطَةِ وَٱلْبِنَاءِ . . قُدِّرَ بِأَحَدِهِمَا . . .

الحاجة . . (قُدِّرَ به) أي : بالزمان لا بالعمل ؛ لِمَا مرَّ ، وتُقدَّر المداواة بالمدَّة لا بالبرء والعمل ، فإن برئ قبل تمام المدَّة . . انفسخت الإجارة في الباقي .

* * *

ويبيِّن في الرعي المدَّة ، وجنس الحيوان ونوعه ، ولو لم يبين العدد وعقد علىٰ قطيعٍ في الذمَّة . . اكتُفِي بالعرف فيما يرعاه الواحد ، فإن حصل نتاجٌ . . لزمه رعيه ، لا إن عقد علىٰ رعي حيوانٍ معيَّنٍ .

[التقدير بالعمل والزمن]

(**وإن كان ممَّا يتقدَّر بهما**) أي : بالعمل والزمان (**كالخياطة والبناء**) واستئجار دابةٍ . . (**قُدِّر بأحدهما**) كأن يستأجره ليخيط له شهراً خياطةً موصوفةً ، أو ليخيط له هـٰذا الثوب ، أو ليبني شهراً بناءً موصوفاً ، أو ليبني له بهـٰذه الآلة ، وكأن يكتري الدابة ليتردَّد عليها في حوائجه اليوم ، أو ليركبها إلىٰ موضع كذا .

فلو جمع بينهما ؛ كأن استأجر شخصاً لخياطة ثوبٍ بياض النهار . . لم يصح للغرر ؛ فقد يتقدَّم العمل أو يتأخَّر ، وبهـٰذا اندفع ما قاله السبكي : من أنه لو كان الثوب صغيراً ممَّا يفرغ عادةً في دون اليوم . . فإنه يصح ، ومن أنه لو قصد [التقدير][1] بالعمل ، وذكر اليوم للتعجيل . . فينبغي أن يصح[2]

---

(١) في الأصل : (التقرير) ، والتصويب من « الابتهاج في شرح المنهاج » .
(٢) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٧٧) مخطوط .

ولو اكترىٰ دابةً شهراً . . وجب بيان الناحية ، أو عقاراً . . وجب تحديده ؛ كما في البيع ، حكاه ابن الرفعة عن القاضي / أبي الطيب [1] 1/475

* * *

ويتقدَّر الحفر لبئرٍ أو نحوها ، وضرب اللَّبِن والبناء : إما بالزمان ؛ [كـ (استأجرتك] [2] لتحفر لي ، أو تبني لي ، أو لتضرب اللَّبِن لي شهراً) .

أو بالعمل ؛ فيبيِّن المستأجر في الحفر لنهرٍ أو بئرٍ أو قبرٍ . . طولَ النهر والبئر والقبر [وعرضها وعمقها] [3] ، وليعرف الأجير الأرض ، فلو انتهىٰ في الحفر إلىٰ موضعٍ صلبٍ . . لزمه الإتمام للعمل ، فإن لم يعمل فيه المعول ، أو نبع الماء قبل وصوله إلى الموضع المشروط وتعذَّر الحفر . . انفسخ العقد في الباقي ، ولا يجب إخراج ما ينهار من الجوانب ، ولا ردُّ التراب على الميت .

* * *

ويبيِّن في اللَّبِن إذا قَدَّر بالعمل العددَ ، والقالبَ طولاً وعرضاً وسمكاً إن لم يكن معروفاً ، ويبيِّن الموضع الذي يضرب فيه اللَّبِن ، [ولا يلزم الأجير إقامته] للتجفيف ، ولا إخراجه من الأَتُّون إن استأجره لطبخه .

---

(1) كفاية النبيه (11/219) .

(2) في الأصل : (كأن استأجرتك) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (2/412) .

(3) في الأصل : (وعمقهما) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (2/412) ، و« نهاية المحتاج » (4/414) .

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْقَدَ عَلَىٰ مُدَّةٍ تَبْقَىٰ فِيهَا ٱلْعَيْنُ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرَ مِنْ سَنَةٍ فِي ٱلْآخَرِ ، وَقِيلَ فِي قَوْلٍ ثَالِثٍ : إِنَّهُ يَجُوزُ إِلَىٰ ثَلَاثِينَ سَنَةً .

ويبيِّن في النساخة عدد الأوراق ، وأسطر الصفحة ، وقدر القطع الذي يكتب فيه ، وقدر الحواشي ، ويجوز التقدير في النساخة بالمدَّة .

قال الأذرعي : (ولا يبعد اشتراط رؤية المستأجر خَطَّ الأجير)[1] ، وهو بحثٌ جيِّدٌ .

* *

(**ويجوز أن يعقد علىٰ مدَّةٍ**) معلومةٍ (**تبقىٰ فيها العين**) المؤجَّرة غالباً (**في أصحِّ القولين**) لإمكان استيفاء المعقود عليه ، **والمعتبر** : غلبة الظنِّ علىٰ ما عليه المعظم[2] ، فيؤجِّر الدار والرقيق ثلاثين سنةً ، والدابة عشر سنين ، والثوب سنةً أو سنتين علىٰ ما يليق به ، والأرض مئة سنةٍ وأكثر .

(**ولا يجوز أكثر من سنةٍ في الآخر**) لاندفاع الحاجة غالباً بها .

(**وقيل في قولٍ ثالثٍ : إنه يجوز**[3] **إلىٰ ثلاثين سنةً**) لأنها نصف العمر الغالب .

وشمل إطلاق الشيخ الوقفَ ؛ وهو المشهور المعتمد ، قال البغوي وغيره :

---

(١) التوسط والفتح (ق ٦/٢٠٦) مخطوط .

(٢) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٤٩) : (والمرجع في المدة التي تبقىٰ فيها العين غالباً إلىٰ أهل الخبرة) .

(٣) في الأصل : (لا يجوز) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/١٦٠) مخطوط .

(إلا أن الحكَّام اصطلحوا على منع [إجارته][1] أكثر من ثلاث سنين ؛ لئلا يندرس الوقف)[2]

وأما أقل مدَّة الإجارة : ففي الأرض للزراعة مدَّة زراعتها ، وفي الدار سكنىٰ يومٍ ؛ أي : أو نحوه ؛ لأن ما دونه لا يُقابَل بأجرةٍ ، قاله الماوردي[3]

* * *

وهل يُشترَط في المدَّة أن [يبقىٰ][4] إليها المؤجِر والمستأجِر أم لا ؟ قال الروياني : (نعم)[5] ، وقال في « الروضة » : (لا ، بل تنتقل إلىٰ ورثته)[6]

ولو أجَّر شيئاً أكثر من سنةٍ . . لم يجب تقدير [حصَّة][7] كل سنةٍ ، وتوزَّع الأجرة علىٰ قيمة منافع السنين ، وأجمعوا علىٰ [جواز] إجارة الدار وغيرها شهراً مع أنه يكون ثلاثين يوماً وقد يكون تسعةً وعشرين ، قاله في « المجموع »[8] ، وقال الزركشي : (لو أجَّره شهراً بثلاثين درهماً كل يومٍ بدرهمٍ ، فجاء الشهر تسعةً وعشرين . . بطل ؛ كما لو باعه الصبرة بمئة درهمٍ

(١) في الأصل : (إجازته) ، والتصويب من « الأنوار لأعمال الأبرار » .
(٢) انظر « الأنوار لأعمال الأبرار » (٢/١٣٩) ، و« أسنى المطالب » (٢/٤١٤) .
(٣) الحاوي الكبير (٩/٢٢٦) .
(٤) في الأصل : (يبق) ، والتصويب من « تحرير الفتاوي » (٢/٢٧٧) .
(٥) بحر المذهب (٩/٢٧٨) .
(٦) روضة الطالبين (٤/٧٠) .
(٧) في الأصل : (حصته) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤١٤) .
(٨) المجموع (٩/٣١١) .

وَإِنْ قَالَ : (آجَرْتُكَ كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ) . . بَطَلَ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ فِي ٱلشَّهْرِ ٱلْأَوَّلِ . . . .

كل صاعٍ بدرهمٍ فخرجت تسعين)[1] ، وهـٰذا لا ينافي ما في « المجموع » .

ولو قال في أثناء السنة : (آجرتك هـٰذه السنة) . . انصرف إلىٰ ما بقي منها ، قاله في « التهذيب »[2] ، وألحق به في « الكافي » ما لو قال : (هـٰذا الشهر) . . فينصرف إلىٰ ما بقي[3] .

(**وإن قال : آجرتك كل شهرٍ بدرهمٍ . . [بطل]**) لأنه عقدٌ على الشهور وهي غير معلومةٍ ، وتُستثنىٰ / الإجارة للأذان إذا استأجر له الإمام من بيت ٤٧٥/ب
المال ؛ كما مرَّ في بابه ، وحكاه الرافعي عن « التهذيب » في بابه[4] .

(**وقيل : يصح في الشهر الأول**) لأنه معلومٌ وأُجرته كذٰلك ، ورُدَّ : بأن المعلوم إذا أُضِيف إلى المجهول . . صار الجميع مجهولاً ، ومحلُّ **الخلاف** : إذا عُيِّن الابتداء من الآن ، فإن أطلق . . لم تصح قطعاً ؛ كما أفهمه كلام « المهذب » وغيره[5] .

ولو قال : (آجرتك من هـٰذه السنة كل شهرٍ بدرهم) ، أو : (كل شهرٍ

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/٣١) مخطوط .

(٢) التهذيب (٤/٤٣١) .

(٣) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/١٥٤) مخطوط .

(٤) الشرح الكبير (١/٤٢٤) ، التهذيب (٢/٥٨) .

(٥) المهذب (١/٥١٩) .

وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ مَنْفَعَةٍ مَعْلُومَةٍ بِٱلصِّفَةِ ؛ فَإِنْ كَانَ مَعْلُوماً بِٱلْعُرْفِ ؛ كَٱلسُّكْنَىٰ وَٱللُّبْسِ . . حُمِلَ ٱلْعَقْدُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعْلُوماً بِٱلْعُرْفِ . .

من هـٰذه السنة بدرهمٍ) . . لم يصح ؛ لأنه لم يعيِّن فيها مدَّةً ، لا إن قال : (آجرتك هـٰذه السنة كل شهرٍ بدرهمٍ) . . فيصح ؛ لأنه أضاف الإجارة إلىٰ جميع السنة ، بخلافه في [الصورة][1] السابقة ، ولو قال : (آجرتك هـٰذا الشهر بدرهمٍ ، وما زاد . . فبحسابه) . . صحَّ في الشهر الأول فقط ؛ كما قاله البغوي[2] .

* * *

(ولا يجوز إلا علىٰ منفعةٍ معلومةٍ بالصفة) كما لا يجوز البيع إلا في معوضٍ معلوم الصفة (فإن كان) ما تعقد عليه (معلوماً بالعرف ؛ كالسكنىٰ واللبس . . حُمِل العقد [عليه])[3] أي : العرف ؛ للاستغناء به عن الذكر ؛ كما في الثمن المطلق إذا كان ثَمَّ نقدٌ غالبٌ ، وممَّا يُعتبَر فيه العرف : خيط الخيَّاط ، وحبر الناسخ ، وكحل الكحَّال وذَرُوره ، وصبغ الصبَّاغ ، وطلع النخل للملقِّح ؛ في استئجارهم للخياطة والنسخ والكحل والصبغ والتلقيح .

* * *

(وإن لم يكن معلوماً بالعرف) كحمل مئة رطلٍ من هنا إلىٰ مكة مثلاً ، أو

(١) في الأصل : (الصور) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤١٤) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٣٧) .

(٢) التهذيب (٤/٤٣٢) .

(٣) في الأصل : (عليها) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَصَفَهُ ؛ كَحَمْلِ ٱلْحَدِيدِ وَٱلْقُطْنِ ، وَٱلْبِنَاءِ بِٱلْجِصِّ وَٱلْآجُرِّ ، وَٱلطِّينِ وَٱللَّبِنِ .

بناء حائطٍ طوله وسمكه وارتفاعه كذا ، أو اضطرب العرف . . (**وصفَهُ ؛ كحمل الحديد والقطن ، والبناء بالجصِّ والآجر ، والطين واللَّبِن**) لاختلاف الغرض به .

نعم ؛ لو قال : (آجرتك هـٰذه الدابة ؛ لتحمل عليها مئة رطلٍ ممَّا شئت) . . صحَّ ؛ لأنه رضي بإدخال الضرر عليه .

❊ ❊ ❊

ولا يُشتَرَط في إيجار دارٍ معرفةُ من يسكن الدار ؛ اكتفاءً بالعرف ، فيسكن فيها من جرت العادة به في مثلها ، ولا يُمنَع من دخول زائرٍ وضيفٍ وإن بات فيها ليالي ، ويُشترَط رؤية أبنيتها ؛ لاختلاف الغرض باختلافها .

❊ ❊

ويجب التبيين في الأرض لِمَا [تُستأجَر][1] له ؛ [فإن][2] صلحت الأرض لبناءٍ وزراعةٍ وغراسٍ ، أو لاثنين منها . . اشتُرِط تعيين المنفعة ؛ لأن ضررها اللَّاحق للأرض مختلفٌ ، فإن أطلق . . لم يصح .

وإن لم تصلح إلا لجهةٍ واحدةٍ . . كفى الإطلاق ؛ كأرض الأحكار[3] ؛ فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين ؛ فإنه يغلب فيها الغراس ، ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يُزرَع ؛ كأن قال : (آجرتك للزراعة أو لتزرعها) ويزرع ما شاء ؛ لتقارب الاختلاف في ذٰلك .

❊ ❊

---

(١) في الأصل : (استأجر) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤١٤) .

(٢) في الأصل : (إن) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٣) **الأحكار** : جمع حكر ؛ وهي : الأراضي المحتكرة .

ولو أجَّره الأرض لينتفع بها كيف شاء .. صحَّ ، بخلاف ما لو أجَّره دابةً ليُحمِّلها ما شاء للضرر ، ولو قال : (آجرتك للبناء) ولم يذكر ما يبني ، أو للغراس ولم يذكر ما يغرس .. صحَّ أيضاً ؛ لكن لا بدَّ من بيان موضع البناء وطوله وعرضه .

نعم ؛ إن أجَّر علىٰ غيره بولايةٍ أو نيابةٍ .. لم يكفِ الإطلاق ؛ لوجوب الاحتياط ، ذكره الزركشي وغيره[1]

* * *

ولو قال : (إن شئت .. فازرع ما شئت ، وإن شئت .. فاغرس ما شئت) .. صحَّ ؛ لرضاه بأشدِّهما / ضرراً ، ويتخيَّر المستأجر بينهما . 1/476

ولو قال : (آجرتكها لتزرع أو تغرس ، أو فازرع واغرس) ، ولم يبيِّن القدر ، أو : (لتزرع نصفاً وتغرس نصفاً) ولم يخص كل نصفٍ بنوعٍ .. لم يصح العقد للإبهام ؛ لأنه في الأولىٰ جعل له أحدهما لا بعينه ، حتىٰ لو قال ذٰلك علىٰ معنىٰ أنه يفعل أيهما شاء .. صحَّ ؛ كما نقل عن « التقريب »[2] ، وفي الثانية لم يبيِّن كم يزرع وكم يغرس ، وفي الثالثة لم يبيِّن المزروع والمغروس ، فصار كقوله : (بعتك أحد هٰذين العبدين بألفٍ والآخر بخمس مئة) .

ويُشترَط في الإيجار للبناء : بيان طول البناء وعرضه وموضعه ، لا بيان قدر

(1) انظر « أسنى المطالب » (2/415) .

(2) انظر « أسنى المطالب » (2/415) .

فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ بِٱلْوَصْفِ لِكَثْرَةِ ٱلتَّفَاوُتِ ؛ كَٱلْمَحْمِلِ وَٱلرَّاكِبِ وَٱلصَّبِيِّ فِي ٱلرَّضَاعِ . . لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يُرَىٰ . . . .

ارتفاعه ، إلا في البناء علىٰ سقفٍ أو جدارٍ استأجره له فيُشترَط بيانه ؛ وذٰلك لأن الأرض تحمل كل شيءٍ ، بخلاف السقف والجدار .

* *

(**فإن لم يعرف بالوصف [لكثرة التفاوت] ؛ كالمحمل**) الذي مع الراكب ؛ من سرجٍ أو إكافٍ أو نحوه (**والراكب والصبي في الرضاع . . لم يجز حتىٰ يرىٰ**) لتعيُّنه طريقاً لنفي الغرر ، **لـكن الأصح في الأولىٰ والثانية** : أنه يكفي الوصف التام ، فيصف المحمل بضيقه أو سعته ووزنه ؛ لإفادتهما التخمين كالرؤية ، فإن كان الراكب ليس معه ما يركب عليه . . حمله المؤْجِر علىٰ ما يليق بدابته ؛ من سرجٍ أو إكافٍ أو زاملةٍ أو غيرها ، فلا حاجة إلىٰ ذكره .

ويصف الراكب بجُثَّته ؛ بأن يصفه بالضخامة أو النحافة ؛ كما رجَّحه « الحاوي الصغير »(١) ، وقيل : بالوزن ، ولا يُشترَط مع مشاهدة الراكب امتحانه باليد ؛ لأن العادة لم تجر بذٰلك ، وإنَّما لم يكتفوا بالوصف في الرضيع ؛ لأنه لا يأتي على المقاصد المتعلِّقة به .

ولا بدَّ من تعيين موضع الإرضاع أهو بيت المستأجر أم بيت المرضعة ؛ لأنه ببيته أشد وثوقاً به ، وببيتها أسهل .

*

(١) الحاوي الصغير (ص ٣٧٩ ـ ٣٨٠) .

وَمَا عُقِدَ عَلَىٰ مُدَّةٍ . . لَا يَجُوزُ فِيهِ شَرْطُ ٱلْخِيَارِ ، وَفِي خِيَارِ ٱلْمَجْلِسِ وَجْهَانِ . وَمَا عُقِدَ عَلَىٰ عَمَلٍ مُعَيَّنٍ . . يَثْبُتُ فِيهِ ٱلْخِيَارَانِ ، وَقِيلَ : لَا يَثْبُتَانِ . . . .

(وما عقد على مدَّةٍ لا يجوز فيه شرط الخيار) لأنه عقدٌ لازمٌ على منفعةٍ فأشبه النكاح **(وفي خيار المجلس وجهان) أصحُّهما** كما في « الروضة » و« المنهاج » و« أصليهما » : أنه لا يثبت [1] ، خلافاً لِمَا صحَّحه النووي في « تصحيحه » **من أن الأصح** : الثاني [2] ؛ لأنه يفوت بعض المدَّة ، فأشبه خيار الشرط .

والوجه الثاني : يثبت قياساً على البيع ، وخالف خيار الشرط ؛ لأنه لا يطول غالباً ، فالفائت من المنفعة يسيرٌ .

* * *

(وما عُقِد على عملٍ معيَّنٍ) كخياطةِ ثوبٍ وبناءِ حائطٍ . . **فقد قيل : (يثبت فيه الخياران)** كالبيع .

(وقيل) وهو الأصح ـ وإن أقرَّ النووي في « تصحيحه » الشيخ على الأول [3] ـ : **(لا يثبتان)** كما في النكاح ، ولا فرق في ذٰلك بين إجارة العين وإجارة الذمَّة ؛ صوناً لها عن غرر الخيار .

---

(١) روضة الطالبين (٣/٩٥ ـ ٩٦) ، منهاج الطالبين (ص ٢٢٩) ، الشرح الكبير (٤/١٨٣) ، المحرر (١/٤٧٨ ـ ٤٧٩) .

(٢) تصحيح التنبيه (٢/٣٧٩) .

(٣) أي : سكت عنه ؛ فكل ما سكت عنه النووي في « تصحيحه » من عبارة « التنبيه » . . فهو إقرار له .

وَقِيلَ : يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ ٱلْمَجْلِسِ دُونَ خِيَارِ ٱلشَّرْطِ . وَلَا يَجُوزُ إِلَّا مُعَجَّلاً ، وَيَتَّصِلُ ٱلشُّرُوعُ فِي ٱلِاسْتِيفَاءِ بِٱلْعَقْدِ . . . .

(**وقيل : يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط**) لأنه عقدٌ علىٰ منتظَرٍ ، فأشبه السَّلَم .

* *

(**و**) يجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمَّة إن كان الأجل معلوماً ؛ كـ (ألزمت ذمَّتك الحمل إلىٰ مكة أول شهر كذا) ، فإن أطلق الإجارة . . فهي حالَّةٌ ؛ كما في السَّلَم /.

٤٧٦/ب

و(**لا يجوز**) في إجارة العين (**إلا معجَّلاً ، ويتَّصل الشروع في الاستيفاء بالعقد**) فلا يصح عقد إجارة العين علىٰ مستقبلٍ ؛ كـ (آجرتك الدابة سنةً من غدٍ) ، أو : (لتخرج بها غداً) لأن منفعتها في الغد أو نحوه غير مقدورة التسليم في الحال ، فأشبه بيع العين علىٰ أن يسلِّمها غداً .

* *

ولو أجَّر المستأجر الدار مثلاً . . فللمالك أن يؤجِّرها من الثاني قبل فراغ المدَّة ؛ لأنه المستحقُّ الآن للمنفعة دون الأول في أحد الوجهين ، جزم به صاحب « الأنوار » وهو مقتضىٰ **كلام القاضي والبغوي** ، وإليه ميلُ « أصل الروضة » ؛ كما قاله السبكي [(١)] ، **وهو المعتمد** ، خلافاً لِمَا أفتىٰ به القفَّال من ترجيح صحَّة الإجارة من الأول دون الثاني [(٢)]

---

(١) الأنوار لأعمال الأبرار (٢/١٣٢) ، التهذيب (٤/٤٣٢ ـ ٤٣٣) ، الشرح الكبير (٦/٩٦ ـ ٩٧) ، الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٧٤) مخطوط .

(٢) فتاوى القفَّال (ق/١٠٦) مخطوط .

ويجوز لمشتري العين المستأجَرة أن يؤجِّرها من مستأجر البائع السنة الثانية قبل فراغ الأولىٰ أيضاً في أحد وجهين ؛ لاتِّحاد المستأجر ، خلافاً لابن المقري[(١)]

وكذا [لو] أجَّر الوارث ما أجَّره مورِّثه للمستأجر منه في أحد وجهين ، قال الزركشي : (**إنه الظاهر**)[(٢)] ؛ لِمَا تقدَّم ، وهٰذا كلُّه إذا لم يحصل فصلٌ بين السنتَين ، وإلا . . فلا تصح الثانية قطعاً .

وشمل كلامهم : الطِّلق والوقف[(٣)] ، إلا إن شرط الواقف ألَّا يُؤجَّر الوقف أكثر من ثلاث سنين ، فأجَّره الناظر ثلاثاً في عقدٍ ، وثلاثاً في عقدٍ قبل مضي المدَّة . . فإن العقد الثاني لم يصح ؛ كما أفتىٰ به ابن الصلاح[(٤)] ، خلافاً لابن الأستاذ في قوله : (ينبغي أن يصح)[(٥)]

* * *

ولو أجَّر عيناً ، فأجَّرها المستأجر لغيره ، ثم تقايل المؤْجِر والمستأجر الأول . . صحَّتِ الإقالة ؛ كما قاله السبكي والزركشي[(٦)] ، **ويفارق نظيره في البيع** : بانقطاع علقه ، بخلاف الإجارة .

---

(١) روض الطالب (١/٤٢٨) .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/١٦) مخطوط .

(٣) قوله : (الطلق) أي : الأرض المملوكة . انظر « حاشية الشرواني علىٰ تحفة المحتاج » (٦/١٣٩) .

(٤) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٨٢ ـ ٣٨٣) .

(٥) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٠٨) .

(٦) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/٤٧) مخطوط ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٤٠٨) .

ولو أجَّره حانوتاً أو نحوه ممَّا يستمرُّ الانتفاع به عادةً أيام شهرٍ لا لياليه أو عكسه . . لم يصح ؛ لأن زمان الانتفاع لم يتصل بعضه ببعضٍ ، بخلاف العبد والدابة ، فيصح ؛ لأنهما عند الإطلاق للإجارة يُرفَّهان في الليل ، أو غيره على العادة ؛ لأنهما لا يطيقان العمل دائماً .

❋ ❋

وتصح إجارة الشخص نفسه ليحج عن غيره إجارة عينٍ قبل وقت الحج إن لم تتأتَّ تأديته من بلد العقد إلا بالسير قبله ، وكان بحيث يتهيَّأ للخروج عقبه ، وإيجار دارٍ مثلاً ببلدٍ آخر وإن كان التسليم لا يتأتَّىٰ إلا بقطع المسافة ، ودار مشحونة بأمتعةٍ يمكن نقلها في زمنٍ يسيرٍ ؛ كما مرَّ[1]

[كراء العُقَب]

ويجوز كراء العُقَبِ ـ أي : النُّوَبِ ـ وهو أن يؤجِّر دابةً ليركبها المستأجر بعض الطريق والمؤجِر البعض الآخر تناوباً مع عدم شرط البداءة بالمؤجِر ، سواء أشرطاها للمستأجر أم أطلقا ، أم قالا : (ليركب أحدنا) ، وسواء أوردت الإجارة على العين أم الذمَّة ؛ لثبوت الاستحقاق حالاً ، والتأخير الواقع من ضرورة القسمة .

1/477 أما إذا اشترط أن يركبها / المؤجِر أولاً . . فإن العقد باطلٌ في إجارة العين ؛ لتأخير حقِّ المكتري ، وتعلُّق الإجارة بالمستقبل .

❋

(١) انظر ما تقدم (٥/٣٦٨) .

أو ليركبها شخصان هـٰذا أياماً وهـٰذا أياماً تناوباً ، ويبيِّن [البعضين][1] في الصورتين إن لم يكن عادة ، فإن كان هناك عادةٌ مضبوطةٌ بزمانٍ أو مسافةٍ . . اتُّبِعت ، ثم يقتسم المستأجر والمؤجِر في الأولىٰ والمستأجران في الثانية الركوبَ على الوجه المبيَّن أو المعتاد .

فإن تنازعا في الابتداء . . أُقرِع ، وليس لأحدهما أن يطلب النوبة من ركوبٍ أو مشيٍ ثلاثاً ؛ لِمَا في دوام المشي من التعب[2] ، فإن اتفقا علىٰ ذٰلك ولم يحصل ضررٌ للماشي ولا للدابة . . جاز ؛ كما نقله في الثانية في « البيان » عن الشيخ أبي حامد[3] ، وبحثه بعضهم في الأولىٰ .

والزمان المحسوب في المناوبة زمن السَّير دون النزول ؛ كما قاله المتولي[4] ، حتىٰ لو نزل أحدهما للاستراحة أو لعلف الدابة . . لم يُحسَب

---

(١) في الأصل : (البعض) ، والتصويب من « كنز الراغبين » (٣/١٠٠) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٣٦) .

(٢) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٣٦) : (**واعلم : أن قضية** قوله : « أياماً » بصيغة الجمع . . جواز كون النوبة ثلاثة أيامٍ فأكثر ، وهـٰذا قد يخالفه قول « الروضة » و« أصلها » : ليس لأحدهما طلب الركوب ثلاثاً والمشي ثلاثاً للمشقَّة ، قال السبكي : **والحقُّ** : أنه يجوز أن يشارطا عليه إلا أن يكون فيه ضررٌ على البهيمة ، وكلام « الروضة » محمولٌ علىٰ أنه بعد استقرار الأمر علىٰ يومٍ ونحوه ليس له طلب ثلاثٍ ، قال الولي العراقي : كلام « الروضة » محمولٌ علىٰ ما إذا كانت العادة يوماً . انتهىٰ) .

(٣) البيان (٧/٣٣٨) .

(٤) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (١/٤٤٦) .

وَإِنْ أَطْلَقَ وَقَالَ : (آجَرْتُكَ هَـٰذَا شَهْراً) . . . .

زمن النزول ؛ لأن نفس الزمان غير مقصودٍ ، وإنَّما المقصود : قطع المسافة .

* * *

ولو استأجر اثنان دابةً لا تحملهما . . حُمِل الاستئجار على التعاقُب ، وإن كانت تحملهما . . ركباها جميعاً .

ولو استأجر دابةً ليركبها بعض الطريق متوالياً . . صحَّ قطعاً ، أو أطلق أو استأجر نصفها إلىٰ موضع كذا . . صحَّت الإجارة مشاعةً ؛ كبيع المشاع ، ويقتسمان بالزمان أو المسافة ، فإن تنازعا في البداءة . . أُقرِع بينهما ؛ كما مرَّ .

فرع

[في حكم استئجار ما لا منفعة فيه في الحال]

استئجار ما لا منفعة فيه في الحال ؛ كجحشٍ لا يُركَب الآن . . فاسدٌ ؛ لأن الإجارة موضوعةٌ علىٰ تعجيل المنافع ، بخلاف المساقاة علىٰ ما لا يثمر في تلك السنة ويثمر بعدها ؛ لأن تأخير الثمار محتملٌ في كلِّ مساقاةٍ .

* *

(**وإن أطلق وقال : آجرتك [هـٰذا] شهراً**) ولم يعيِّن أن ابتداءه من العقد . . فقد قيل ـ **وهو الأصح** ـ : يصح العقد ؛ كما صحَّحه في « الروضة » كـ « أصلها »(١) ، وإن خالف في « التصحيح » وصحَّح الثاني(٢) ، وتجعل

---

(١) روضة الطالبين (٤/٢٦) ، الشرح الكبير (٦/١١٢) .

(٢) أي : سكت عنه ؛ فكل ما سكت عنه النووي في « تصحيحه » من عبارة « التنبيه » . . فهو ←

لَمْ يَصِحَّ . وَلَا تَجُوزُ ٱلْإِجَارَةُ إِلَّا عَلَىٰ أُجْرَةٍ مَعْلُومَةِ ٱلْقَدْرِ وَٱلْجِنْسِ وَٱلصِّفَةِ ؛ فَإِنِ ٱسْتَأْجَرَهُ بِٱلطُّعْمَةِ وَٱلْكُسْوَةِ . . لَمْ يَصِحَّ . . . .

المدَّة من حينئذٍ ؛ لأنه المفهوم المتعارف ، وقيل : (لم يصح) لجواز أن يريد أن ابتداءه بعد يومٍ مثلاً .

وقال ابن الرفعة : (لا بدَّ أن يقول : من الآن)[1] ، وبه جزم العراقيون .

[ما يُشترَط في الأجرة]

(ولا تجوز الإجارة إلا علىٰ أجرةٍ معلومة القدر والجنس والصفة) كالثمن في البيع ، إلا أن تكون الأجرة معينةً . . فيكفي رؤيتها ، سواء أكانت علىٰ منفعةٍ معينةٍ أم في الذمَّة ، (فإن استأجره بالطُّعمة) بضم الطاء المهملة ؛ أي : الإطعام (والكُسوة) بضم الكاف وكسرها . . (لم يصح) كما لو جعل ذٰلك عوضاً في البيع أو النكاح ؛ للجهل بذٰلك .

وأما قول أبي هريرة : (وكنت أجيراً لابنة غزوان علىٰ طعام بطني)[2] فتأوَّله البيهقي علىٰ أن ذٰلك علىٰ سبيل التراضي ، لا علىٰ سبيل التعاقد ، فلا ينافي ما ذُكِر ، ولا ينافيه أيضاً جواز الحج بالرزق ؛ لأنه ليس بإجارةٍ ؛ كما اقتضاه قول « الشرح الصغير » و« الروضة » : (يجوز الحج بالرزق / كما ٤٧٧/ب

← إقرار له ، قال الإسنوي في « التنقيح فيما يرد على التصحيح » (ق/١١٤) مخطوط : (قوله : « فإن أطلق وقال : آجرتك هٰذا شهراً . . لم يصح » أقره عليه) أي : النووي علىٰ عبارة « التنبيه » .

(١) كفاية النبيه (١١/٢٣٥) .

(٢) أخرجه ابن حبان (٧١٥٠) ، وابن ماجه (٢٥٦٠) ، والبيهقي (٦/١٢٠) برقم (١١٧٦٥) .

يجوز بالإجارة)[١] ، بل هو نوعٌ من التراضي والمعونة ؛ كما أشار إليه البيهقي واختاره السبكي[٢]

وأما إيجار عمر رضي الله عنه أرض السواد بأجرةٍ مجهولةٍ . . فلِمَا فيه من المصلحة العامة المؤبَّدة[٣]

فإن قدَّر شيئاً من الطعام يجوز السَّلَم فيه ، ووصفه بصفاته . . صحَّ جعله أجرةً .

٭

ولا تصح إجارة الدار بشرط العمارة ولو بأُجْرتها ؛ كـ (آجرتُكها بما تحتاج إليه من عمارةٍ ، أو بدينارٍ تعمرها به) لأن العمل بعض الأجرة ، وهو مجهولٌ ، فتصير الأجرة مجهولةً ، فلو عمر . . رجع بأجرته وبما صرفه ؛ لأنه أنفقه بالإذن بشرط العوض ، ولو أطلق العقد عن ذكرِ شرط صرفِ الأجرة ، ثم أذن له المؤجِّر بصرفها في العمارة ، وتبرَّع المستأجر بالصرف . .

---

(١) الشرح الصغير (ق ٢/١١٩) مخطوط ، روضة الطالبين (٢/٤٩٣) .

(٢) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٦٥) مخطوط .

(٣) أخرجه أبو عبيد في « الأموال » (١٥٣) ، وسعيد بن منصور في « سننه » (٢٥٨٩) واللفظ له عن إبراهيم التيمي رحمه الله تعالىٰ قال : لما افتتح المسلمون السواد . . قالوا لعمر بن الخطاب : اقسمه بيننا فأبىٰ ، فقالوا : إنا افتتحناها عنوة ، قال : (فما لمن جاء بعدكم من المسلمين ؟ فأخاف أن تَفَاسَدوا بينكم في المياه ، وأخاف أن تقتتلوا) فأقرَّ أهل السواد في أراضيهم ، وضرب علىٰ رؤوسهم الضرائب ـ يعني : الجزية ـ وعلىٰ أرضهم الطَّسق ؛ يعني : الخراج ، ولم يقسمها بينهم .

وَإِنْ عُقِدَ عَلَىٰ مَالٍ جِزَافٍ . . جَازَ ، وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلَانِ ؛ كَرَأْسِ مَالِ ٱلسَّلَمِ .

جاز ، ولم يُخرِّجوه على اتحاد القابض والمقبض ؛ لوقوعه ضمناً ، قاله ابن الرفعة[1].

وإن اختلفا في قدر الإنفاق . . صُدِّق المنفق ـ في أحد قولَينِ جزم به ابن الصباغ وغيره[2] ـ إن ادَّعىٰ مُحتمِلاً .

* * *

(**وإن عقد**) في إجارة العين (**علىٰ مالٍ جزافٍ**) كصُبَرِ بُرٍّ مرئيَّةٍ . . (**جاز**) كالبيع .

(**وقيل : فيه قولان ؛ كرأس مال السَّلَم**) بجامع أنهما عقدان علىٰ منتظرٍ يخشى انفساخ العقد فيه بتعذُّره ، وفرق **الأول** : بأن السَّلَم معقودٌ إلىٰ أجلٍ فهو غررٌ ، فلا يُضمُّ إليه غررٌ آخر ، بخلافها .

* * *

أما إجارة الذمَّة . . فللأجرة فيها حكم رأس مال السَّلَم ؛ كما سيأتي[3] ؛ لأنها سَلَمٌ في المنافع ، **والأصح في رأس مال السَّلَم المعين من نقدٍ أو عرضٍ ولو مثلياً إذا كان جزافاً** : الصحَّة ، سواء أعلم العاقدان القدر والقيمة قبل تفرُّقهما أم لا ، فكذا في الأجرة .

وعلىٰ هٰذا : فيجب قبضها في المجلس ، ولا يبرأ منها ، ولا يستبدل

---

(١) كفاية النبيه (١١/٢٤١) .

(٢) انظر « الابتهاج في شرح المنهاج » (ق ٤/١٢٥) مخطوط .

(٣) انظر ما سيأتي (٥/٤٤٦ ـ ٤٤٧) .

عنها ، ولا يُحال بها ولا عليها ، ولا تُؤجَّل ؛ لئلا يكون بيع دَينٍ بدَينٍ ، ولو كانت الإجارة بغير لفظ السَّلَم [كأن][1] كانت بلفظ الإجارة ؛ كأن قال : (استأجرت منك دابةً صفتها كذا ؛ لتحملني إلىٰ موضع كذا) لأنه سَلَمٌ في المعنىٰ ؛ كما مرَّ .

* *

ولو قبض بعض الأجرة وتفرَّقا قبل قبض البعض الآخر . . تفرَّقت الصفقة ؛ كرأس مال السَّلَم ، بخلاف إجارة العين ؛ لا يجب قبض الأجرة فيها في المجلس كالثمن في المبيع ، سواء أكانت الإجارة معينةً أم في الذمَّة ، وإذا كانت في الذمَّة . . فلها حكم الثمن الذي في الذمَّة في جواز الاستبدال ، ووجوب معرفة الجنس ، ونفي الجهالة ، وفي الضبط بالوصف ؛ كما مرَّ[2]

* *

وما يأخذه الحمَّامي . . أجرةُ الحمَّام والآلة ؛ من سطلٍ وإزارٍ ونحوهما ، وحفظ المتاع ، لا ثمن الماء ؛ لأنه غير مضبوطٍ فلا يُقابل [بعوضٍ][3] ، فالحمَّامي مؤْجِر للآلة ، وأجيرٌ مشتركٌ في الأمتعة ، فلا [يضمنها][4] ؛ كسائر

---

(١) في الأصل : (كانت) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٠٥) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٣٨٥) .

(٣) في الأصل : (بعرض) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٥٣) .

(٤) في الأصل : (يضمها) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٥٣) .

فَإِنْ أَجَّرَ مَنْفَعَةً بِمَنْفَعَةٍ . . جَازَ . وَتَجِبُ ٱلْأُجْرَةُ بِنَفْسِ ٱلْعَقْدِ ، إِلَّا أَنْ . . .

الأجراء ، والآلة غير مضمونةٍ على الداخل ، [لأنه][1] مستأجِرٌ لها ، ولو كان مع الداخل الآلة ومن يحفظ المتاع . . كان ما يأخذه الحمَّامي أجرة الحمَّام فقط /. ١/٤٧٨

* * *

(فإن أجَّر منفعةً بمنفعةٍ . . جاز) لأنهما منفعتان يجوز أن يعقد علىٰ كلٍّ منهما ، فجاز أن يعقد علىٰ أحدهما بالأخرىٰ عند اتِّفاق جنسهما ؛ كما لو اختلف جنسهما ، ولو أجَّره داراً بمنفعة دارَينِ ، أو حلي ذهبٍ بذهبٍ . . جاز ، ولا يُشترَط القبض في المجلس ؛ إذ لا ربا في المنافع .

[وقت تملك المكري للأجرة]

(وتجب الأجرة) أي : يملكها المكري ملكاً مراعىً لا مستقِرّاً[2] (بنفس العقد) سواء أكانت الأجرة معيَّنةً أم في الذمَّة ، [أو] كانت[3] الإجارة علىٰ منفعةِ عينٍ معيَّنةٍ أم في الذمَّة ؛ كما يملك المكتري المنفعة بذٰلك ، واستحقَّ استيفاءَها إذا سلَّم العين المستأجرة إلى المستأجر كالثمن ، (إلا أن) تكون

---

(١) في الأصل : (لٰكنه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٥٣) .

(٢) بمعنىٰ : أنه كلَّما مضىٰ جزءٌ من الزمان على السلامة . . بان أن المؤجر استقرَّ ملكه من الأجرة علىٰ ما يقابل ذٰلك ، أما استقرار جميعها . . فباستيفاء المنفعة أو بتفويتها . انظر « مغني المحتاج » (٢/٤٣٠) .

(٣) في الأصل : (وكانت) ، والتصويب من سياق العبارة .

يَشْتَرِطَ فِيهَا ٱلْأَجَلَ ؛ فَتَجِبُ فِي مَحِلِّهِ . . . .

الأجرة في الذمَّة في إجارة العين بشرط أن (**يشترط فيها الأجل ؛ فتجب في محلِّه**) كالثمن .

* * *

ولو حلَّتِ الأجرة وقد تغيَّر النقد . . وجب من نقد يوم العقد ، لا يوم تمام العمل ؛ كنظيره في البيع ، والجعالة كذٰلك ، فإن أطلق ذكرَ الأجرة عن التعجيل والتأجيل . . فمعجَّلةٌ ؛ كالثمن المطلق ، أما الواردة على الذمَّةِ . . فيمتنع فيها تأجيل الأجرة ؛ لئلا يكون بيع دَينٍ بدَينٍ ؛ كما مرَّ [(١)]

* * *

ولو أجَّر الناظر الوقف سنين وأخذ الأجرة . . هل يجوز له أن يدفع جميعها للبطن الأول ؛ كما قاله ابن الرفعة [(٢)] ؛ لأنه ملكها في الحال ، أو لا ، وإنَّما يدفع إليه بقدر ما مضىٰ من الزمان ، فإن دفع أكثر منه فمات الآخذ . . ضمن الناظر تلك الزيادة للبطن الثاني ؛ كما قاله القفَّال في « فتاويه » [(٣)] ، أو يفصل ـ كما قال السبكي ـ بين طويل المدَّة وقصيرها ؛ فإن طالت بحيث يبعد احتمال بقاء الموجود من أهل الوقف . . مُنِع من التصرُّف ، وإن قصُرت . . [فكما] [(٤)] جرىٰ عليه ابن الرفعة ؟ **احتمالات** ؛ **أقربُها** : كلام السبكي [(٥)]

---

(١) انظر ما تقدم قريباً (٥/٣٩٤ ـ ٣٩٥) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٣/٢٢٢) مخطوط .

(٣) فتاوى القفَّال (ق/٥٦) مخطوط .

(٤) في الأصل : (كما) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٥) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٩٥) مخطوط .

قال الزركشي : (وقياس ما قاله القفَّال : أنه لو أجَّر الموقوف عليه . . لا يتصرَّف في جميع الأجرة ؛ لتوقُّع [ظهور][1] كونه لغيره بموته)[2] ، وخرج بذٰلك : صرفها في العمارة ، فتُصرَف فيها مطلقاً .

✲ ✲ ✲

ولو أعطاه ثوباً وقال له : (إن تخطه اليوم . . فلك درهم ، أو غداً . . فنصفه) ، أو : (إن خطته رومياً . . فلك درهم ، أو فارسياً . . فنصفه) ـ والرومي : قال في « الروضة » : (بغرزتَينِ ، والفارسي : [بغرزةٍ])[3] ـ . . لم يصح العقد للإبهام ، فإن خاطه كيف اتَّفق . . كان له أجرة المثل .

✲ ✲ ✲

ولا يصح جعل الأجرة ممَّا عمل فيه الأجير ؛ كاكترائه للطحن والرضاع بجزءٍ من الدقيق والرقيق المرتضع بعد الفطام ، أو لسلخ الشاة بجلدها ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم (نهىٰ عن قفيز الطحَّان) رواه البيهقي بإسنادٍ حسنٍ[4] ، وفسَّروه باكتراء الطحَّان علىٰ طحن الحنطة ببعض دقيقها ، وقيس به ما في معناه ؛ للجهل بها حينئذٍ ، فإن عمل . . فله أجرة عمله .

وتصح بجزءٍ ممَّا عمل فيه في الحال ، ولا يضرُّ وقوع العمل في المشترك ؛

---

(١) في الأصل : (ظهوره) ، والتصويب من « تكملة كافي المحتاج » .
(٢) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/١٠) مخطوط .
(٣) في الأصل : (بغرزتين) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٤/٧) .
(٤) السنن الكبير (٥/٣٣٩) برقم (١٠٩٥٨) عن سيدنا أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

وَإِنْ كَانَ ٱلْعَقْدُ عَلَىٰ مُدَّةٍ فَتَسَلَّمَ ٱلْعَيْنَ وَمَضَتِ ٱلْمُدَّةُ ، أَوْ عَلَىٰ عَمَلٍ مُعَيَّنٍ فَتَسَلَّمَ ٱلْعَيْنَ وَمَضَىٰ زَمَنٌ يُمْكِنُ فِيهِ ٱلِاسْتِيفَاءُ . . ٱسْتَقَرَّتِ ٱلْأُجْرَةُ . . . .

٤٧٨/ب كما لو ساقىٰ / أحد الشريكين الآخر وشرط له زيادةً علىٰ نصيبه من الثمرة ، فإن [استأجره] [١] علىٰ طحن بُرٍّ بربعه ليطحن له الباقي . . صحَّ ؛ كما عُلِم بالأولىٰ ، فإن طحن الكل . . اقتسماه دقيقاً ، وإلا . . اقتسماه بُرّاً ، ثم أخذ الأجرة ، وطحن الباقي .

ولو استأجره علىٰ ذبح شاةٍ بجلدها أو غيرها قبل سلخه . . لم يصح ؛ إذ لا تُعرَف صفته في الرِّقَّة والثخانة وغيرهما .

* * *

(وإن كان العقد علىٰ مدَّةٍ) كأن استأجر شيئاً شهراً من حين العقد (فتسلَّم العين ومضت المدَّة ، أو علىٰ عملٍ معيَّنٍ) كأن استأجر عبده ليخيط له ثوباً (فتسلَّم العين ومضىٰ زمنٌ يمكن فيه الاستيفاء . . استقرَّت الأجرة) عليه وإن لم ينتفع ؛ لتلف المنفعة تحت يده ، سواء أترك الانتفاع اختياراً أم لخوف الطريق ، أم لمرضٍ ، أم لعدم الرفقة مع أنه لو خرج في حالة الخوف . . ضمنها ، وليس له الفسخ بذلك .

* *

ولو عرضها المؤجِر عليه فامتنع ، أو وضعها بين يديه ، أو خلَّىٰ بينه وبين الدار ، ومضت مدَّة الإجارة . . استقرَّتِ الأجرة أيضاً ، وسواء فيما ذُكِر من

---

(١) في الأصل : (استأجر) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٠٥) .

وَوَجَبَ رَدُّ ٱلْعَيْنِ . فَإِنْ كَانَتِ ٱلْإِجَارَةُ فَاسِدَةً . . ٱسْتَقَرَّتْ أُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ . . . .

التقدير بالمدَّة أو العمل إجارة العين والذمَّة إذا سلَّم المؤجِر الدابة الموصوفة في إجارة الذمَّة ؛ لتعيُّن حقِّه بالتسليم .

(ووجب) بعد مضي المدَّة أو زمن إمكان الاستيفاء (ردُّ العين) إلىٰ مالكها أو إلىٰ مستأجرها إن كان استأجرها منه .

[أجرة المثل في الإجارة الفاسدة]

(فإن كانت الإجارة فاسدةً . . استقرَّت أجرة المثل) [بما][(1)] يستقرُّ به المسمَّىٰ في الصحيحة ، سواء انتفع أم لا ، وسواء كانت أجرة المثل أقلَّ أم أكثر ، وهٰذا بخلاف المهر في النكاح الفاسد لا يجب إلا بالوطء ؛ إذ اليد لا تثبت علىٰ منافع البُضع ، لٰكن الفاسدة تخالف الصحيحة في العرض والوضع بين يدي المستأجر مع امتناعه ؛ فإنه لا بدَّ لثبوت الضمان فيها من القبض الحقيقي[(2)] .

* * *

(١) في الأصل : (فما) ، والتصويب من « كنز الراغبين » (٣/١٢٠) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٦٠) .

(٢) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٦٠) : (تنبيه : يُستثنَىٰ من التسوية : التخلية ؛ فإنها تكفي في قبض العقار في الإجارة الصحيحة ، ولا تكفي في الفاسدة ، بل لا بدَّ من القبض الحقيقي ، وكذا الوضع بين يديه يكفي في الصحيحة ، دون الفاسدة ، وكذا لو عرض المؤجر العين على المستأجر في الإجارة الفاسدة فامتنع . . لم تستقر الأجرة ؛ لأن الأجرة إنما تستقر بعقدٍ صحيحٍ ويتمكن فيه من استيفاء المنفعة ، أو بأن تتلف المنفعة تحت يده ، ولم يُوجَد أحدهما) .

ويُستثنىٰ من وجوب أجرة المثل في الفاسدة : ما لو عقد الإمام الذمَّة مع الكفار فسكنوا ، ومضت المدَّة . . فإنه يجب المسمَّىٰ ؛ لتعذُّر إيجاب عوض المثل ؛ فإن منفعة دار الإسلام في هٰذه لا يمكن أن [تُقابَل] (١) بأجرة مثلها ؛ كما نقله الزركشي عن العبادي وغيره (٢)

وعلى المستأجر في الفاسدة ردُّ العين المؤجَّرة ، وليس له حبسها لاسترداد الأجرة ؛ كما صرَّح به في « التتمة » (٣)

ولو استأجر صبيٌّ مكلَّفاً ، فعمل له عملاً . . لم يستحقَّ عليه شيئاً ؛ لأن هٰذه إجارةٌ باطلةٌ .

*

ولو لم يقدِّر مدَّةً ، وأجَّر دابةً لركوبٍ إلىٰ موضعٍ معينٍ ، ولم يسلِّمها حتىٰ مضت مدَّة السير إليه . . لم تنفسخ الإجارة ؛ لأنها متعلِّقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذَّر استيفاؤها ، ولا يثبت فيها الخيار .

* *

ولو أكرىٰ عيناً مدَّةً ولم يسلِّمها حتىٰ مضت المدَّة . . انفسخت ؛ لفوات المعقود
٤٧٩/أ عليه قبل قبضه ، أو حتىٰ مضىٰ بعضها ثم سلَّمها . ./انفسخت في الماضي ، وثبت للمستأجر الخيار في الباقي ، وسواء أمسكها لقبض الأجرة أم لغيره .

---

(١) في الأصل : (يقايل) ، والتصويب من « النجم الوهاج » (٥/٣٩٥) .
(٢) المنثور في القواعد (٣/١٢) .
(٣) انظر « حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب » (٢/٤٣٣) .

وَمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلتَّمْكِينِ مِنَ ٱلِانْتِفَاعِ ؛ كَمِفْتَاحِ ٱلدَّارِ وَزِمَامِ ٱلْجَمَلِ وَٱلْحِزَامِ وَٱلْقَتَبِ . . فَهُوَ عَلَى ٱلْمُكْرِي . . . .

[ما يجب على المكري وما يجب على المستأجر]

(**وما يحتاج إليه للتمكين من الانتفاع ؛ كمِفتاح الدار**) هو بكسر الميم : مفتاح الباب وكل مستغلقٍ ، وجمعه : مفاتيح ومفاتح ، (**وزِمام الجمل**) هو بكسر الزاي ، **وأصله** : الخيط الذي يشدُّ في البُرَة ؛ بضم الموحدة وتخفيف [الراء][(١)] ، وقد يُسمَّى المِقود ـ بكسر الميم ؛ وهو [الرسن][(٢)] ـ زماماً ، وهو مراد الشيخ هنا (**والحِزام**) بكسر الحاء المهملة ، جمعه : حُزُم (**والقتَب**) بفتح التاء المثناة الفوقية ، جمعه : أقتاب ، والإكاف ؛ وهو ما تحت البرذعة ؛ كما مرَّ مع ضبطه في (خيار العيب)[(٣)] ، **والبَرذَعة** ـ بفتح الباء الموحدة والذال المعجمة ـ : ما يُحشَىٰ ويُعَدُّ للركوب عليه ، و[الثَّفر][(٤)] والبرذعة . . (**فهو على المكري**) وسواء في ذٰلك إجارة العين أو الذمَّة عند إطلاق العقد ؛ لأنه يلزمه التمكين من الانتفاع ، وهو يتوقَّف علىٰ ذٰلك فيلزمه ، والمكتري أمينٌ علىٰ ذٰلك ، فلا يضمنه بلا تفريطٍ ، فإن لم يبدله المالك له . . ثبت للمستأجر الخيار ، ولا يُجبَر المالك على الإبدال .

---

(١) في الأصل : (الزاي) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٢١) .
(٢) في الأصل : (الوسن) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٢١) .
(٣) انظر ما تقدم (٤/٢٠٩) .
(٤) في الأصل : (الثغر) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٤/٤٧) .

وَمَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِكَمَالِ ٱلِٱنْتِفَاعِ ؛ كَٱلدَّلْوِ وَٱلْحَبْلِ وَٱلْمَحْمِلِ وَٱلْغِطَاءِ . . فَهُوَ عَلَى ٱلْمُسْتَأْجِرِ ، وَفِي كَسْحِ ٱلْبِئْرِ وَتَنْقِيَةِ ٱلْبَالُوعَةِ وَجْهَانِ . . . .

ولا يستحقُّ المستأجر القفل المنقول ومفتاحه وإن اعتيد ، ولا يثبت له بمنعه منهما الفسخ .

* * *

(**وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع ؛ كالدلو**) قال ابن السكيت : (الغالب عليها التأنيث ، وقد تُذكَّر ، وتصغيرها : دُلَيَّة)[1] ، وجمع القلَّة : أدْلٍ ، وفي الكثرة : دلاء ، (**والحبل**) إذا اكترىٰ عين شخصٍ للاستقاء (**والمحمل والغطاء**) عند الاكتراء للركوب بهما . . (**فهو على المستأجر**) لأنه لا يتوقَّف الاستيفاء عليه ، بل كماله ، **والغِطاء** : بكسر الغين المعجمة والمدِّ ، جمعه : أغطية ، وكذا لا يلزمه ما يشدُّ به أحد المحملَين إلى الآخر ، أما إذا [ألزم][2] ذمَّته الاستقاء . . فهو كالوعاء ، فيكون على المؤجِر .

* *

(**وفي كسح**) أي : كنس (**البئر**) أي : بئر الحشِّ (**وتنقية البالوعة**) ومستنقع الحمَّام إذا امتلأ ذٰلك في أثناء المدَّة بعد تسليمه فارغاً . . (**وجهان**) **أصحُّهما** : أنه على المستأجر ؛ لأنه تسلَّمه فارغاً وملأه بفعله ، فلزمه تفريغه .

والثاني : أنه على المكري ؛ لتوقُّف الانتفاع عليه فلزمه ؛ كما يلزمه

---

(١) إصلاح المنطق (ص ٣٥٩) .

(٢) في الأصل : (لزم) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/١٦٥) مخطوط .

تسليمه فارغاً أولاً ، فلو لم يفعل . . فللمستأجر الخيار ، **وعلى الأول** : لا خيار له .

فعُلِم من ذٰلك : أن ليس المراد بكون ما ذُكِر على المؤْجِر أو المستأجر إجباره عليه ، بل إنه من وظيفته ، حتىٰ إذا ترك المؤْجِر ما عليه . . ثبت للمستأجر الخيار ، أو المستأجر ما عليه وتعذَّر الانتفاع به . . لا خيار له .

نعم ؛ إن انقضتِ المدَّة . . أُجبِر المستأجر علىٰ نقل الكناسة ، بخلاف الثلج ، قاله في « المطلب »[1] .

أما كنس البئر وما ذُكِر معه بعد انقضاء المدَّة . . فعلى المؤْجِر ؛ كما في الابتداء ، **وفارق هٰذا حكم الكناسة** : بأنه ضروريٌّ .

* * *

وعمارة الدار ؛ كبناءٍ وتطيينِ سطحٍ ، ووضعِ بابٍ وميزابٍ ، وإصلاحِ منكسرٍ وغَلْقٍ تعسَّر فتحه . . على المؤْجِر ،/ سواء أقارن الخلل العقد أم عرض في الدوام ، فإن بادر وأصلحها . . فلا خيار ، وإلا . . فللمكتري الخيار ؛ لأن ذٰلك يُخِلُّ بالانتفاع . ٤٧٩/ب

نعم ؛ إن كان الخلل مقارناً للعقد وعلم به . . فلا خيار له ؛ كما في « الروضة » كـ « أصلها »[2] ، **واستشكله الولي العراقي** : (بأنه مع علمه به

---

(١) المطلب العالي (ق١٣/١٤١) مخطوط .

(٢) روضة الطالبين (٤/٣٩) ، الشرح الكبير (٦/١٢٦) .

موطِّنٌ نفسه علىٰ أن المؤْجِر يزيله ، والضرر يتجدَّد بمضي المدَّة ، لا سيما والمدَّة المستقبلة لم [تقبض] [١] إلى الآن ، ففي إلزامه البقاءَ [علىٰ] مصابرة الضرر عسرٌ [٢] غير محتملٍ ، وأي فرقٍ بين هٰذا وبين امتلاء الخلاء ابتداءً ؛ فإنه يثبت الخيار [للمكتري] ـ كما مرَّ ـ ولم يخصُّوه بحالة الجهل ؟!) انتهىٰ [٣]

وأُجيب : بأن الآخر محمولٌ علىٰ حالة الجهل ، فلا إشكال ، **والأوجَهُ** : الفرق ؛ وهو : أن ضرر السُّنْداس أقوىٰ من تعييب الدار [٤]

❊ ❊

وتنظيف عَرْصتها ـ وهي بقعةٌ بين الأبنية ليس فيها بناءٌ ـ عن ثلجٍ وإن كثف وكناسةٍ . . على المكتري ؛ لأن الكناسة ـ وهي ما يحصل من القشور والطعام ونحوهما ـ حصلت بفعله ، ولأن الثلج يُتسامَح بنقله عرفاً .

قال ابن الرفعة : (ولو كان التراب أو الرماد أو الثلج الخفيف موجوداً عند العقد . . **فالذي يظهر** : أن إزالته على المؤْجِر ؛ إذ يحصل به التسليم التام) [٥] ،

(١) في الأصل : (لم تنقض) ، والتصويب من « تحرير الفتاوي » .
(٢) في الأصل : (وعسر) ، والتصويب من « تحرير الفتاوي » .
(٣) تحرير الفتاوي (٢/ ٢٧٤) .
(٤) السنداس : هو بيت الخلاء والمرحاض .
(٥) المطلب العالي (ق ١٣/ ١٤١) مخطوط .

وهل نقل رماد الحمَّام وغيره في الانتهاء من وظيفة المؤجِر أو المستأجر ؟ **وجهان ؛ [أفقههما]**[١] **عند ابن الرفعة : الثاني**[٢]

وكسح الثلج عن السطح على المؤجِر في دوام الإجارة ؛ لأنه كعمارة [الدار][٣] ، قال ابن الرفعة : (ومحلُّه : في دارٍ لا ينتفع سكَّانها بسطحها ؛ كما لو كانت [جَمَلونات][٤] ، وإلا . . فيظهر أنه كالعَرْصة) انتهىٰ[٥] ، وهو بحثٌ جيدٌ .

* * *

ويجب [على الناظر] عمارة الوقف إن كان له ريعٌ ، **وفي معناه** : [المتصرِّف][٦] بالاحتياط ؛ كولي الصبي ، ولا يجب على المؤجِر انتزاع العين إذا غصبت وإن قدر عليها ؛ كما في « الروضة » و« أصلها » آخر [الباب[٧] ، وإنَّما عليه][٨] تسليم العين وردُّ الأجرة إن تعذَّر الاستيفاء ، وأما المكتري :

---

(١) في الأصل : (أفقهما) ، والتصويب من هامش الأصل .

(٢) المطلب العالي (ق١٣/١٤١) مخطوط .

(٣) في الأصل : (الدال) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٤/٤٠) ، و« النجم الوهاج » (٥/٣٦١) .

(٤) في الأصل : (جمولونات) ، والتصويب من هامش الأصل .

(٥) المطلب العالي (ق١٣/١٤١) مخطوط .

(٦) في الأصل : (التصرف) ، والتصويب من « بداية المحتاج في شرح المنهاج » (٢/٤٠٩) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٤٥) .

(٧) روضة الطالبين (٤/٨٧) ، الشرح الكبير (٦/١٩٤) .

(٨) بياض في الأصل ، والاستدراك من « روضة الطالبين » (٤/٨٧) .

فإذا [قدر علىٰ ذٰلك من غير خطرٍ . . لزمه][1] كالمودع ، لٰكنه قال[2] هنا : (ينبغي أن الصحيح : وجوب الانتزاع على المؤجِر) ، [ثم قال : (ولا][3] شكَّ أنه إذا كان العقد علىٰ موصوفٍ في الذمَّة ولم ينتزع ما سلَّمه . . يُطالَب بإقامة غيره مقامه)[4] ، **والأول أوجَهُ** ؛ كما نقله الإمام عن الأكثرين[5] ، ونقل مقابله عن بعض المحقِّقين ، وجمع بعضهم ؛ بأن ما هناك فيما بعد التسليم ، أو فيما لا يقدر على انتزاعه إلا بكلفةٍ ، وما هنا بخلافه ، فلزم ذٰلك ؛ لكونه من تمام التسليم ، أو لعدم الكلفة[6]

* * *

---

(١) بياض في الأصل ، والاستدراك من « روضة الطالبين » (٤/ ٨٧) .

(٢) أي : النووي في زوائده .

(٣) بياض في الأصل ، والاستدراك من « الغرر البهية » (٦/ ٢٨٣) .

(٤) روضة الطالبين (٤/ ٣٩) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/ ١٢٦) .

(٥) بحر المذهب (٨/ ٢٧٠) .

(٦) قوله : (والأول أوجه) أي : عدم لزوم انتزاعها وذٰلك تبعاً لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري رحمه الله تعالىٰ في « أسنى المطالب » (٢/ ٤١٩) ، هٰذا وقد اعتمد الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/ ٤٤٥ ـ ٤٤٦) الجمع الذي ذكره آخراً ، وعبارته : (ولو غصبت العين المؤجرة وقدر المالك على انتزاعها . . لزمه ؛ كما بحثه في « الروضة » هنا ، ولٰكن اعترض بأن ما بحثه هنا يخالف ما قاله آخر الباب من أنه لا يلزمه أن يدفع عنها الحريق والنهب وغيرهما كما مرَّ .
وأُجيب : بأن ما هناك فيما بعد التسليم ، أو فيما لا يقدر على انتزاعه إلا بكلفةٍ ، وما هنا بخلافه ، فلزمه ذٰلك ؛ لكونه من تمام التسليم ، أو لعدم الكلفة ، وهٰذا هو المعتمد وإن قال بعض المتأخرين : والأوجَهُ : عدم اللزوم في الحالين) .

وَعَلَى ٱلْمُكْرِي ٱلْإِشَالَةُ ، وَٱلْحَطُّ ، وَإِرْكَابُ ٱلشَّيْخِ ، وَإِبْرَاكُ ٱلْجَمَلِ لِلْمَرْأَةِ ....

(**وعلى المكري**) في إجارة الذمَّة (**الإشالة**) للحمل ؛ وهي الرفع ، يقال : أشلته أُشيله ـ بضم الهمزة ـ إشالةً ، قال الجوهري : (ويقال أيضاً : شلته أشوله شولاً ؛ أي : رفعته)[1] ، (**والحطُّ**) له ، وشدُّه ولو بأن يشدَّ أحد المحملَين إلى الآخَر وهما على الأرض ، وحلُّه ، (**وإركاب الشيخ**) لها ونزوله عنها / بحسب الحاجة ، ويُقرِّب الدابة من مرتفعٍ ؛ ليسهل الركوب ، (**وإبراك**) البعير ١/٤٨٠ (**الجمل**) أو الناقة (**للمرأة**) والضعيف بمرضٍ أو نحافةٍ ، وكذا من جاوز الحدَّ في السِّمن ؛ لاقتضاء العرف بذٰلك ، والاعتبار في القوة والضعف بحال الركوب لا بحال الإجارة .

* * *

وعليه الخروج مع الدابة ولو بنائبه ، ووقوفها ؛ لنزول الراكب لقضاء الحاجة وأداء الفرض ونحوهما ممَّا لا يتهيَّأ عليها كوضوءٍ .

وإذا نزل لذٰلك . . انتظره ليفرغ منه ، ولا يلزم المستأجر قصرٌ ولا جمعٌ ، ولا تأخيرٌ عن أول الوقت ، ولا المبالغة في التخفيف لِمَا نزل له ، وليس له التطويل ، ولا وقف الدابة لنافلةٍ وأكلٍ وشربٍ ونحوها ؛ لإمكانها على الدابة .

* * *

أما لو أجَّره عين الدابة . . فالواجب عليه التخلية بينه وبينها ، فلا يلزمه شيءٌ ممَّا مرَّ ؛ لأنه لم يلتزم سوىٰ تسليمها .

---

(١) الصحاح (٤/١٤٢٢) ، مادة (شول) .

وليتوسَّط عند الاختلاف بين شدَّين للمحمل أو نحوه ، وجلوسَين يضرُّ أحدهما بالراكب والآخر بالدابة .

* * *

وليس للراكب النوم عليها في غير وقته المعتاد ، فللمؤجِر منعه منه ؛ لأن النائم يثقل فلا يحتمل ، وعلى القوي النزول عن الدابة إن اعتيد في العقبات الصعبة ؛ لإراحة الدابة ، لا على الضعيف ؛ كالشيخ العاجز ، ولا على القوي فيما إذا لم يعتد في العقبات ، ولا في غيرها وإن اعتيد ، ولا على المرأة ولا ذوي المنصب الذي يُخِلُّ المشي بمروءتهم ، فإن شُرِطَ نزولٌ أو عدمُه . . اتُّبِع .

* * *

وإذا اكترىٰ دابةً للركوب عليها إلىٰ بلدٍ . . أوصله إلىٰ سُورها ، فإن لم يكن . . فإلىٰ عمرانها ، لا منزله ، قال الماوردي : (إلا إن كان البلد صغيراً تتقارب أقطاره . . فيوصله المنزل) انتهىٰ [١]

أو للركوب إلىٰ مكة . . لم يتم الحج عليها ؛ لأن العقد لم يتناوله ، أو للركوب للحج . . ركب إلىٰ منىً ، ثم إلىٰ عرفة ، ثم إلىٰ مزدلفة ، ثم إلىٰ منىً ، ثم إلىٰ مكة لطواف الإفاضة [وكذا يركبها من مكة راجعاً إلىٰ منىً للرمي][٢] والمبيت بها ، ووقع في « الروضة » بدل (المبيت) : (الطواف)[٣] ، ونُسِب للسهو ،

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٢٧٤) .

(٢) في الأصل بياض والتصويب والاستدراك من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٣) .

(٣) روضة الطالبين (٤/٥١) .

وَلِلْمُكْتَرِي أَنْ يَسْتَوْفِيَ ٱلْمَنْفَعَةَ بِٱلْمَعْرُوفِ . . . .

وليس لأحد المتكاريين فراق القافلة بتقديمٍ أو تأخيرٍ إلا برضا الآخر ؛ لِمَا فيه من الوحشة .

وعلى المؤْجِر أجرة الدليل والبذرقة ، والسائق والقائد للدابة في إجارة الذمَّة دون إجارة العين ؛ كما قاله في « البحر » ، وجزم به الشيخان [(١)]

* * *

(**وللمكتري أن يستوفي المنفعة بالمعروف**) لأن الإطلاق يقتضي ذٰلك عرفاً ، فإذا استأجر ثوباً للبس . . لم ينم فيه ليلاً ، قال الرافعي : (عملاً بالعادة) [(٢)] ، قال الأذرعي : (**الظاهر** : **أن المراد** : غير التحتاني ؛ كما يفهمه تعليل الرافعي) [(٣)] ، وقال ابن المقري في « شرح إرشاده » : (لا يلزمه نزع الإزار) انتهىٰ [(٤)]

وينبغي الضبط بالعادة إن اطَّردت ، وإلا . . فلا بدَّ من البيان ،/ وينام فيه نهاراً ولو في غير القيلولة ساعةً أو ساعتَينِ ، ولا ينام في الفوقاني ، ولا يلبسه كل وقتٍ ، وإنَّما يلبسه عند التجمُّل في الأوقات التي جرت العادة فيها ٤٨٠/ب

---

(١) بحر المذهب (٩/٢٨٨) ، الشرح الكبير (٦/١٣٩) ، روضة الطالبين (٤/٤٩) .

(٢) الشرح الكبير (٦/١٤٤) .

(٣) التوسط والفتح (ق٦/٢٤٣) مخطوط ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٥٠) : (لو استأجر ثوباً للبس . . لم ينم فيه ليلاً ؛ عملاً بالعادة ولو كان الثوب التحتاني ؛ كما هو ظاهر كلام الأصحاب . . .) إلىٰ آخره .

(٤) إخلاص الناوي (٢/٤١٥) .

فَإِنِ ٱكْتَرَىٰ أَرْضاً لِيَزْرَعَ ٱلْحِنْطَةَ . . زَرَعَ مِثْلَهَا . . . .

بالتجمُّل ؛ كحال الخروج إلى السوق ونحوه ، ودخول الناس عليه ، وينزعه في أوقات الخلوة ؛ عملاً بالعرف .

* *

ولو استأجر إزاراً ليتَّزر به . . جاز له الارتداء به ؛ لأن ضرر الارتداء دون ضرر الاتزار ، لا عكسه ، أو استأجر قميصاً للبسه . . مُنِع من الاتزار به لذٰلك ، لا من الارتداء ، وله التعمُّم بكلٍّ من الإزار والرداء والقميص ؛ لأن ضرره دون ضرر ذٰلك .

* * *

ولو استأجر ثوباً للبس يوماً . . فمدَّته من وقت العقد إلىٰ مثله ، أو يوماً كاملاً . . فمن طلوع الفجر إلى الغروب ، أو نهاراً . . فكذٰلك ، وقيل : من طلوع الشمس إلى الغروب ، أو ثلاثة أيامٍ . . دخلت الليالي المشتملة عليها ، أو داراً . . حُمِل العقد على [المتعارف][1] في مثلها ؛ من سكناها ، ووضع المتاع فيها ، فلا يسكنها لِمَا لا يليق بها ، وليس له وضع التراب والرماد في أصول الحيطان ، فإن لم يكن في ذٰلك عادةٌ . . فلا بدَّ من البيان ، وإلا . . فسد العقد .

[حكم ما لو اكترىٰ أرضاً للزراعة]

([فإن][2] اكترىٰ أرضاً ليزرع الحنطة) مثلاً . . زرعها و(زرع مثلها)

---

(١) في الأصل : (التعارف) ، والتصويب من سياق عبارة « كفاية النبيه » (١١/٢٢٥) ، و« أسنى المطالب » (٢/٤١٤) .

(٢) في الأصل : (وإن) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

أو دونها في الضرر ؛ كالشعير ونحوه ؛ لأن المعقود عليه منفعة الأرض ، والمزروع طريقٌ في الاستيفاء . . فلا يتعيَّن ؛ كما لو كان له حقٌّ علىٰ رجلٍ . . فإن له استيفاءَه بنفسه وبغيره .

وليس له أن يزرع أضرَّ منها ؛ فالحنطة فوق الشعير ضرراً ، والذرة والأرز فوق الحنطة والشعير ضرراً ؛ لأن الذرة عروقها غليظةٌ تنتشر في الأرض وتستوفي قوتها ، والأرز يحتاج إلى السقي الدائم ، وهو يُذهِب قوة الأرض .

ولو قال : (لتزرع هـٰذه الحنطة) . . صحَّ هـٰذا العقد ؛ كما لو قال : (لإرضاع هـٰذا الصبي) ، وله إبدالها بمثلها أو دونها .

* * *

ولو استأجر دابةً للركوب عليها في طريقٍ . . فله إبدال الطريق بمثله ، لا أصعب منه ، ومن استأجرها لحمل القطن . . لم يحمل عليها وزنه من الحديد ، أو للحديد . . لم يحمل عليها وزنه من القطن ؛ لأن الحديد يجتمع ثقله في موضعٍ واحدٍ ، والقطن لخفَّته يأخذ من ظهر الدابة أكثر .

* * *

ولو أجَّره أرضاً لزرع حنطةٍ ، فزرع فيها ذرةً وحصدها ، وتخاصما بعد انقضاء المدَّة . . فالمؤْجِر بالخيار بين أخذ أجرة مثل زرع الذرة ، وأخذِ المسمَّىٰ مع بدل زيادة ضرر الذرة ؛ [أي : مع] بدل [النقص] [1] الزائد بزراعتها علىٰ ضرر زرع الحنطة .

---

(١) في الأصل : (وبدل نقص) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢١) .

وَإِنِ ٱسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَرْكَبَهَا . . أَرْكَبَهَا مِثْلَهُ . . . .

نعم ؛ إن كان ولياً أو ناظراً . . تعيَّن أخذه الأحظَّ ؛ **مثاله** : أجرة المثل للحنطة خمسون ، وللذرة سبعون ، وكان المسمَّىٰ أربعين ، فبدل النقص عشرون/. ١/٤٨١أ

وإن تخاصما قبل حصدها ، وقبل انقضاء المدَّة . . قلع المؤْجِر إن شاء ، ثم إن أمكن المستأجر في المدَّة زراعة الحنطة . . زرعها ، وإلا . . فله منعه منها ، ولزمته الأجرة لجميع المدَّة ؛ لأنه المفوِّت لمقصود العقد علىٰ نفسه ، هٰذا إن لم تمض علىٰ بقاء الذرة مدَّةٌ تتأثر بها الأرض ، فإن مضت . . تخيَّر بين أخذ أجرة المثل ، وبين أخذ قسطها من المسمَّىٰ مع بدل النقصان ، ولا يضمن المستأجر الأرض بعدوله إلىٰ زرعها بالذرة .

* *

ويُخيَّر أيضاً إن أجَّره داراً ليسكن فيها فأسكن فيها حدَّاداً أو قصَّاراً ، أو أجَّره دابةً ليحمل عليها قطناً ، فحمل عليها بقدره حديداً ، وكذا كل ما لا يتميَّز فيه المستحقُّ عمَّا زاد ، فإن تميَّز عمَّا زاد ؛ كمن استأجر دابةً ليحمل عليها خمسين مَنّاً فحمل عليها مئة ، أو إلىٰ موضعٍ معينٍ فجاوزه . . تعيَّن مع المسمَّىٰ للزائد أجرةُ المثل ؛ لتعدِّيه كما سيأتي ، بخلاف ما لو عدل عن الجنس المعيَّن وكانت الإجارة للزرع . . فإنه يلزمه أجرة المثل ؛ لتصرُّفه فيها بما لا يستحقُّه .

[إجارة الدابة للركوب والحمل عليها]

(**وإن استأجر دابةً ليركبها . . أركبها**) دونه أو (**مثله**) في الطول والقصر والضخامة والنحافة ؛ كما يجوز له أن يؤجِّرها من غيره ، وليس له أن يُركِبها من

وَإِنْ أَكَلَ بَعْضَ ٱلزَّادِ وَقِيمَتُهُ تَخْتَلِفُ فِي ٱلْمَنَازِلِ . . جَازَ أَنْ يُبْدِلَهُ ، وَإِنْ لَمْ تَخْتَلِفْ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ . . . .

هو فوقه ، أو لحمل القطن . . فله حمل الصوف والوبر ، أو لحمل الحديد . . فله حمل الرصاص والنحاس ، أو لحمل البُرِّ . . فله حمل قدره من الشعير إن قُدِّر بالكيل ؛ لأنه دون حقِّه ، وإن قُدِّر بالوزن . . فلا ؛ لأن الشعير أخف ، فيأخذ من ظهرها أكثر ، فهو كالقطن مع الحديد .

أو ليركبها بسرجٍ . . فليس له أن يركبها عرياً ، أو عرياً . . فليس له أن يركبها بسرجٍ ؛ لأن الأول أضرُّ بها ، والثاني زيادةٌ على المشروط .

أو ليركب بسرجٍ . . لم يركب بالإكاف إلا أن يكون مثل السرج أو أخف منه وزناً وضرراً ، أو بإكافٍ . . كان له أن يركبها بسرجٍ إلَّا أن يكون أثقل من الإكاف ، أو ليحمل عليها بإكافٍ . . فليس له أن يحمل عليها بسرجٍ ، أو ليحمل عليها بسرجٍ . . جاز له أن يحمل عليها بإكافٍ إلا أن يكون أثقل من السرج .

* * *

(**وإن أكل بعض الزاد**) الذي قدره ووصفه عند العقد (**وقيمته تختلف في المنازل**) أو يخشى انقطاعه . . (**جاز أن يبدله**) لأن له فيه غرضاً صحيحاً ، (**وإن لم تختلف . . ففيه قولان**) **أحدهما ـ وهو الأصح ـ** : يبدل ؛ كما يبدل ما سرق منه أو تلف بغير أكلٍ ، أو أكل الجميع ، وكما يحمل بدل الماء الذي شربه .

والثاني : لا يبدله ؛ عملاً بالعرف ، **ومحلُّ الخلاف** : إذا لم يقع شرطٌ ، فإن وقع . . اتُّبِع .

* * *

وَإِنِ ٱكْتَرَىٰ دَابَّةً إِلَىٰ مَكَانٍ فَجَاوَزَهُ . . لَزِمَهُ ٱلْمُسَمَّىٰ فِي ٱلْمَكَانِ وَأُجْرَةُ ٱلْمِثْلِ لِمَا زَادَ . وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِمَّا شَرَطَ ، فَتَلِفَتْ وَهِيَ فِي يَدِهِ . . ضَمِنَهَا بِقِيمَتِهَا ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهَا مَعَهَا . . ضَمِنَ نِصْفَ ٱلْقِيمَةِ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَٱلْقِسْطَ فِي ٱلْقَوْلِ ٱلْآخَرِ . . . .

(**وإن اكترىٰ دابةً إلىٰ مكانٍ فجاوزه . . لزمه المسمَّىٰ في المكان**) لأنه استوفى المنفعة المقابلة له (**وأجرة المثل لِمَا زاد**) لأنه تعدَّىٰ به .

(**وإن حمل عليها أكثر ممَّا شرط**) فوق ما يقع من التفاوت بين الكيلَين أو الوزنَين ؛ كأن اكترىٰ دابةً لتسعة آصع ، فكال عشرةً وحملها عليها/ وسيَّرها بنفسه أو بنائبه (**فتلفت**) أي : الدابة (**وهي في يده**) وصاحبها غائبٌ . . (**ضمنها**) سواء أتلفت بالحمل أم بغيره لتعدِّيه (**بقيمتها**) أي : بأقصىٰ قيمتها ؛ لأنه صار غاصباً ، وعليه أجرة المثل للزائد مع المسمَّىٰ لتعدِّيه ، بخلاف ما لو زاد ما يقع به التفاوت بين الكيلَينِ أو الوزنَينِ ؛ لأنه يُتسامَح به ، [وبخلاف][(1)] ما لو اكترىٰ مكاناً لوضع أمتعةٍ فزاد عليها ؛ فإنه إن كان أرضاً . . فلا شيء عليه ؛ لعدم الضرر ، وإن كان غرفةً . . **فقياس مسألة الدابة** : أنه يلزمه المسمَّىٰ وأجرة المثل للزائد .

* * *

(**وإن كان صاحبها معها**) وتلفت بالحمل لا بغيره . . (**ضمن نصف القيمة في أحد القولين**) لأنها تلفت بمضمونٍ وغيره ، فقُسمت القيمة عليهما ؛ كما لو جرحه واحدٌ جراحةً وآخرُ جراحاتٍ ، (**والقسط في القول الآخر**) وهـٰذا

(١) في الأصل : (بخلاف) ، والتصويب من سياق عبارة « أسنى المطالب » (٢/ ٤٢٧) .

هو الأظهر ؛ مؤاخذةً له بقدر الجناية ، ويخالف الجراحات ؛ لأن التوزيع هنا متيسِّرٌ ، بخلافها ؛ لأن نكاياتها لا تنضبط ، ولا معنىٰ لرعاية مجرَّد العدد .

أما إذا تلفت بغير الحمل . . فيضمن عند انفراده باليد ؛ لأنه ضامنٌ باليد ، لا عند عدم انفراده بها ؛ لأنه ضامنٌ بالجناية .

* * *

ولو سلَّم [المستأجر المئة و] العشرة إلى المؤجِر فحمَّلها جاهلاً بالزيادة ؛ بأن قال : (هي [مئة][1]) كاذباً ، فتلفت الدابة بها . . ضمن المكتري ؛ كما لو حمَّلها بنفسه ، وفيما يضمنه القولان .

فلو حمَّلها عالماً بالزيادة ، وقال المكتري : (احمل هٰذا الزائد) ، فأجابه . . فقد أعاره إياها لحمل الزيادة ، فلا أجرة لها ، فلو تلفت الدابة تحت الحمل بغير السبب المأذون فيه بالعارية . . ضمن المستأجر العشرة أيضاً ، أما به . . فلا ضمان ؛ كما علم من بابها[2]

* * *

وإن لم يأمره المستأجر بالحمل ، فحملها وهو عالمٌ . . فهو كما لو كال الزيادة بنفسه وحملها ؛ فلا أجرة له في حملها ، سواء أغلط في الكيل أم الوزن أم تعمَّد ، وسواء أجهل المستأجر الزيادة أم علم بها وسكت ؛ لأنه لم يأذن له في نقل الزيادة ، فلو تلفت البهيمة . . لم يضمنها المستأجر ؛ إذ لا يد ولا تعدٍّ .

---

(١) في الأصل : (عشرة) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٤٥٤) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/١٥٩) .

وله مطالبة المؤجِر بردِّ الزيادة إلىٰ مكانها الذي نقلها منه ، ولا يردُّها استقلالاً ، وله مطالبته بالبدل لها في الحال للحيلولة ، فلو استقل بردِّها . . قال الأذرعي : (**فالظاهر** : أن للمستأجر تكليفه ردَّها إلى المكان المنقول إليه أولاً)[1] ، فلو غرم له بدلها ، ثم ردَّها إلىٰ مكانها . . استردَّه وردَّها إليه .

وإن اختلفا في الزيادة أو قدرها . . فالقول قول المنكر بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدم الزيادة .

❋ ❋ ❋

ولو كال ذٰلك المؤجِر وحمله المستأجر وهو عالمٌ بالزيادة ، أو جاهلٌ بها . . فكما لو كال بنفسه وحمل ؛ فعليه أجرة/ حملها والضمان ؛ لأنه نقل ملك نفسه . 1/482

ولو كال ذٰلك المستأجر وحمله والدابة واقفةٌ ، ثم سيَّرها المؤجِر . . فكحمل المؤجِر عليها .

وإن كاله أجنبيٌّ وحمله بلا إذنٍ في حمل الزيادة . . فهو غاصبٌ للزائد ، وعليه أجرته للمؤجِر ، والردُّ له إلى المكان المنقول منه ، وعليه ضمان البهيمة علىٰ ما ذُكِر في المستأجر ، وإن حمله بعد كيل الأجنبي أحد المتكاريَيِن . . ففيه التفصيل السابق .

❋

ولو وجد المحمول ناقصاً عن المشروط نقصاً يؤثِّر وقد كاله المؤجِر . . حطَّ

---

(١) التوسط والفتح (ق٦/٢٩٠) مخطوط .

وَلِلْمُكْتَرِي أَنْ يُكْرِيَ مَا ٱكْتَرَاهُ بَعْدَ قَبْضِ ٱلْعَيْنِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُكْرِيَ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ مِنْ غَيْرِ ٱلْمُكْرِي فِي أَصَحِّ ٱلْوَجْهَيْنِ . . . .

قسطه من الأجرة إن كانت الإجارة في الذمَّة ؛ لأنه لم يفِ بالمشروط ، وكذا إن كانت إجارة عينٍ ولم يعلم المستأجر ، فإن علمه . . لم يحط شيءٌ من الأجرة ؛ لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل ، وذٰلك كافٍ في تقرير الأجرة ، فهو كما لو كال المستأجر بنفسه ونقص ذٰلك ، أما النقص الذي لا يؤثِّر . . فلا عبرة به .

* * *

ولو ارتدف ثالثٌ مع مكتريَيْنِ لدابةٍ عدواناً . . ضمن الثلث إن [تلفت][1] توزيعاً علىٰ رؤوسهم .

ولو سخَّر شخصٌ آخرَ [وبهيمته][2] فماتت في يد صاحبها قبل استعمالها . . فلا ضمان على المسخِّر ؛ لأنها في يد صاحبها ، أما بعد استعمالها . . فهي معارةٌ .

[للمكتري أن يكري ما اكتراه]

(وللمكتري أن يكري ما اكتراه بعد قبض العين) من المؤجِر وغيره بقدر الأجرة التي استأجر بها أو أقل أو أكثر ؛ لقوة جانبه بالقبض[3] .

(ولا يجوز أن يكري قبل القبض من غير المكري في أصحِّ الوجهين)

---

(١) في الأصل : (تلف) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٨) .

(٢) في الأصل : (وبهيمة) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٩) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٥٣) .

(٣) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بحرم سيد المرسلين تجاه الحضرة الشريفة) .

وَيَجُوزُ مِنَ ٱلْمُكْرِي فِي أَصَحِّ ٱلْوَجْهَيْنِ . . . .

لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يُقبَض [1] ، والإجارة بيعٌ ، ولأنه ملك المنفعة بمعاوضةٍ ، فلا ينقلها إلىٰ غيره بمعاوضةٍ قبل القبض كالبيع .

والثاني : يجوز ؛ لأن المعقود عليه المنفعةُ ، وهي لا تصير مقبوضةً بقبض العين ، فلم يؤثِّر فيها القبض .

وأجاب القاضي أبو الطيب : بأن قبض المكتري يتعلَّق به الضمان ؛ بدليل أن المدَّة لو انقضت قبل القبض . . فلا أجرة ، أو بعده . . استقرَّتِ الأجرة ، فثبت أن القبض ينقل الضمان ، فأشبه قبض المبيع [2]

* * *

(**ويجوز من المكري**) قبل القبض (**في أصحِّ الوجهين**) وصحَّحه النووي في زوائد « الروضة » [3] ؛ لأنها في قبضته .

والثاني : لا يجوز ؛ قياساً على البيع قبل القبض ، وهو قضية كلام الرافعي [4]

---

(١) أخرج البخاري (٢١٣٦) ، ومسلم (١٥٢٦/٣٦) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع طعاماً . . فلا يبعه حتىٰ يستوفيه » .

(٢) تعليقة الطبري (ق ٦/٥٨) مخطوط .

(٣) روضة الطالبين (٤/٧٩) .

(٤) الشرح الكبير (٦/١٨٧) .

وَإِنْ تَلِفَتِ ٱلْعَيْنُ ٱلْمُسْتَأْجَرَةُ . . ٱنْفَسَخَتِ ٱلْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ دُونَ مَا مَضَىٰ ، وَقِيلَ : فِيمَا مَضَىٰ قَوْلَانِ . . . .

ولو أجَّر الحرُّ نفسه ومكَّن المستأجر من منافعه . . كان له أن يؤجِّره ؛ كما قاله الأكثرون .

[حكم تلف العين المستأجرة وتعيُّبها]

(**وإن تلفت العين المستأجرة**) المعيَّنة في العقد ؛ كأَنْ مات الحيوان المستأجر ، أو احترق الثوب ولو بفعل المستأجر بعد القبض في أثناء المدَّة . . (**انفسخت الإجارة فيما بقي**) لفوات المعقود عليه ؛ وهو المنفعة قبل قبضها ، وفارق إتلافه هنا [إتلاف] المشتري في البيع : لأن البيع يَرِد على العين ، فإذا [أتلفها][1] المشتري . . صار قابضاً ، والإجارة تَرِد على المنافع ، والمنافع المستقبلة معدومةٌ لا يُتصوَّر إتلافها ، فإذا تلف / محلُّها . . انفسخ العقد في الباقي (**دون ما مضىٰ**) إن كان له أجرة ؛ لاستقراره بالقبض ، ولا خيار له فيه ؛ كما صرَّح به في « الشرح الصغير » وجزم به ابن المقري[2] ؛ لأن منافعه استُهلِكت ، بخلاف ما إذا لم يكن [له][3] أجرةٌ . . فإنها تنفسخ فيه أيضاً . ٤٨٢/ب

(**وقيل : فيما مضىٰ قولان**) وجه الامتناع : ما مرَّ ، ووجه مقابله : أن العقد واحدٌ ، وقد انفسخ في البعض ، فلينفسخ في الباقي .

* * *

---

(١) في الأصل : (تلفها) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٣٠) .

(٢) الشرح الصغير (ق ٤/٩١) مخطوط ، روض الطالب (١/٤٤٠) .

(٣) في الأصل : (لها) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٣٠) .

وَإِنْ وَجَدَ بِهِ عَيْباً ، أَوْ حَدَثَ . . . .

وعلىٰ **عدم الانفساخ** : يستقرُّ قسط الماضي من المسمَّىٰ موزَّعاً علىٰ قيمة المنفعة ؛ وهي أجرة المثل ، لا على الزمان ؛ لأن ذٰلك يختلف ، فربَّما تزيد أجرة شهرٍ علىٰ أجرة شهرين ؛ لكثرة الرغبات في ذٰلك الشهر ، **والعبرة** بتقويم المنفعة حالة العقد ، لا بما بعده ؛ كما قاله القاضي وغيره[١] .

وعلى **الانفساخ** : يسقط المسمَّىٰ ، وتجب أجرة المثل لِمَا مضىٰ .

وخرج بـ (**ما بعد القبض**) : ما قبله ؛ فإنها تنفسخ في الجميع ، وبـ (**المعينة**) : ما في الذمَّة ؛ فإنها إذا قبضت وتلفت في أثناء المدَّة . . أبدلت ، ولا تنفسخ الإجارة ؛ لأنها لم ترد على العين .

٭

ولو استُؤجِرت امرأةٌ مسلمةٌ لكنس مسجدٍ فحاضت ؛ فإن استُؤجِر عينها . . فهو كتلف العين المستأجرة في أثناء المدَّة ، أو في الذمَّة . . لم ينفسخ ؛ لإمكان تفويضها الكنس إلىٰ غيرها .

أما الكافرة . . فلا تنفسخ إجارتها إذا أمنت التلويث مطلقاً ؛ بناءً **على الأصح** من جواز [تمكين] الكافر الجنب [من المكث] في المسجد ؛ لأنه لا يرىٰ حرمة ذٰلك ، **ومثل الحائض** : النفساء ، وفي معنىٰ **خدمة المسجد** : تعليم القرآن .

[ما يثبت به خيار الفسخ]

(**وإن وجد**) المستأجر (**به**) أي : المعقود عليه المعيَّن (**عيباً ، أو حدث**

---

(١) انظر « كفاية النبيه » (١١/٢٦٥) .

فِيهِ عَيْبٌ . . ثَبَتَ لَهُ خِيَارُ ٱلْفَسْخِ ؛ فَإِنْ فَسَخَ . . لَزِمَهُ أُجْرَةُ مَا مَضَىٰ . . . .

فيه عيبٌ) يؤثِّر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوتٌ في الأجرة ؛ [كمرض][1] العين ، وانهدام بعض دعائم الدار ، واعوجاج الدعائم أو بعضها ، و[تغيُّر][2] ماء البئر بحيث يمنع الشرب منه وإن كان بتعدِّيه . . **(ثبت له خيار الفسخ)** لتضرُّره بالبقاء **(فإن فسخ . . لزمه أجرة ما مضىٰ)** بالقسط من المسمَّىٰ ؛ [لأنه][3] مضمونٌ بالعقد .

وخرج بـ **(المعيَّن في العقد)** : إجارة الذمَّة ؛ فلا خيار فيها بذٰلك ، بل على المكري الإبدال ؛ كما مرَّ[4] ، فإن امتنع . . اكترى الحاكم عليه ، فإن فرض عجز عن إبدالها . . فللمستأجر الفسخ ، ولو قُيِّدت بمدَّةٍ وانقضت . . انفسخت ، قاله الماوردي[5] ، والخيار في ذٰلك على التراخي ؛ لأن سببه تعذُّر قبض المنفعة ، وذٰلك يتكرَّر بتكرُّر الزمان ، فإن قبل العيبُ الإصلاحَ في الحال وبُودِر إليه . . فلا فسخ .

أما ما لا يؤثِّر في المنفعة التأثير المذكور . . فإنه لا فسخ به .

* * *

(١) في الأصل : (كمريض) ، والتصويب من سياق عبارة « أسنى المطالب » (٢/٤٢٩) .

(٢) في الأصل : (وتغيير) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٢٦٨) ، و« أسنى المطالب » (٢/٤٢٩) .

(٣) في الأصل : (لأنها) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٢٦٦) .

(٤) انظر ما تقدم (٥/٤١٢) .

(٥) الحاوي الكبير (٩/٢٠٨) .

وَإِنْ كَانَتْ دَاراً فَٱنْهَدَمَتْ ، أَوْ أَرْضاً فَٱنْقَطَعَ مَاؤُهَا . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَنْفَسِخُ ، وَٱلثَّانِي : يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ ٱلْفَسْخِ . وَإِنْ غُصِبَتِ ٱلْعَيْنُ . . . .

(**وإن كانت** [**داراً**][1] **فانهدمت**) كلها (**أو أرضاً فانقطع ماؤها**) ولم يبادر المؤجِر إلىٰ سَوْق ماءٍ آخر . . (**ففيه قولان ؛ أحدهما : ينفسخ**) لفوات المقصود من الدار ؛ وهو السكنىٰ ، ومن الأرض ؛ وهو الزراعة ، فأشبه موت العبد المستأجَر .

(**والثاني : يثبت له خيار الفسخ**) لأن الانتفاع ممكنٌ في الجملة ، فأشبه العيب .

1/483 وقيل ـ **وهو الأصح المنصوص**[2] ـ : إنها تنفسخ في المستقبل / بانهدام كل الدار ولو بهدم المستأجِر ؛ لفوات الاسم بفوات السكنىٰ ، ولا تنفسخ بانقطاع ماء الأرض ؛ لبقاء الاسم وإمكان الزرع [بسوق][3] الماء إليها ، بل يثبت الخيار للعيب على التراخي ، فإن بادر المؤجِر قبل مضي مدَّةٍ لها أجرةٌ مع بقاء وقت الزراعة بسوق ماءٍ إليها من موضعٍ آخر . . لم يثبت له خيارٌ .

ولو انهدم بعض الدار . . لم تنفسخ ، بل إن أمكن إصلاحه في الحال وأصلحه . . فلا خيار ، وإلا . . تخيَّر بين الانتفاع به والرجوع .

* * *

(**وإن غُصِبت العين**) أو أبق الرقيق أو نَدَّتِ الدابة في إجارة العين

---

(1) في الأصل : (دار) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(2) الأم (5/35) .

(3) في الأصل : (يسوق) ، والتصويب من « كنز الراغبين » (3/118) .

حَتَّى ٱنْقَضَتِ ٱلْمُدَّةُ . . فَهُوَ كَٱلْمَبِيعِ إِذَا أُتْلِفَ قَبْلَ ٱلْقَبْضِ ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي (ٱلْبَيْعِ) . . . .

([حتى انقضت المدَّة] . . فهو) أي : الغصب وما أُلحِق به (كالمبيع إذا أُتلِف) بالبناء للمفعول (قبل القبض ، وقد بيَّناه في « البيع ») أي : فيثبت له الخيار هنا ؛ كما تقدَّم في (البيع) إذا أتلفه أجنبيٌّ [١] ، ومحلُّه : إذا لم تنقضِ المدَّة ، ولم يبادر المؤجِر لانتزاع العين لتعذُّر الاستيفاء ، وإنَّما لم تنفسخ الإجارة ؛ لبقاء عين المعقود عليه ، فإن أجاز العقدَ والتقديرُ بالعمل . . استوفاه حين يقدر على العين ، [أو والتقديرُ] [٢] بالزمان . . انفسخت الإجارة فيما انقضىٰ ، فتسقط حصَّته من المسمَّىٰ ، واستعمل العين في الباقي ، فإن لم تفسخ وانقضت المدَّة . . انفسخت الإجارة .

وخرج بـ (إجارة العين) : إجارة الذمَّة ، فلا خيار فيها ولا انفساخ ، بل على المؤجِر الإبدال ؛ كما مرَّ [٣] ، فإن امتنع . . استُؤجِر عليه .

* * *

قال النووي في « تحريره » : (قول الشيخ : « فهو كالمبيع إذا أُتلِف » هٰكذا صوابه « أتلف » بالألف وكذا ضبطناه عن نسخة المصنف ، ويقع في كثيرٍ من النسخ أو أكثرها : « تلف » بحذفها ، وهو خطأٌ يتغيَّر به حكم المسألة ، فاحذره) انتهىٰ [٤]

---

(١) انظر ما تقدم (٤٩/٤) .

(٢) في الأصل : (فإن التقدير) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤٣١/٢) .

(٣) انظر ما تقدم (٤١٢/٥) .

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٤) .

وَإِنْ مَاتَ ٱلصَّبِيُّ ٱلَّذِي وَقَعَتِ ٱلْإِجَارَةُ عَلَىٰ إِرْضَاعِهِ . . ٱنْفَسَخَ ٱلْعَقْدُ عَلَى ٱلْمَنْصُوصِ . . . .

وقد علمت ممَّا تقرَّر : أن محلَّ ذٰلك : ما إذا لم تنقضِ المدَّة كما قيَّدنا به المسألة ، وإلا . . تعيَّن حذفه [١] ؛ لأن الإجارة تنفسخ ، فهي نظير تلف المبيع قبل القبض ؛ فإن البيع ينفسخ .

* * *

وليس للمستأجر مخاصمة الغاصب ؛ كالمستعير والمودَع ، فإن غصبها المالك بعد القبض ، أو قبله بامتناعه من الإقباض . . انفسخت الإجارة ؛ كما جرىٰ عليه بعض المتأخرين .

ولو أخذ المستأجر العين المؤجَّرة بغير إذن المؤجِر قبل إقباضه الأجرة . . استقرَّت الأجرة ، ويقبل إقرار المؤجِر بالعين المؤجَّرة لغير مستأجرها ؛ لأنه مالكٌ غير متَّهمٍ في الإقرار ، ولا يبطل به حقُّ المستأجر [من] المنفعة .

* * *

(**وإن مات الصبي الذي وقعت الإجارة علىٰ إرضاعه**) أو تلف الثوب الذي عُيِّن للخياطة ، أو نحو ذٰلك ممَّا يُستوفَىٰ به المنفعة . . (**انفسخ العقد على المنصوص**) [٢] لتعذُّر الاستيفاء ؛ فإن إبداله متعذِّر ؛ لاختلاف الصبيان في الرضاع [وغيره] [٣] سهولةً وصعوبةً .

---

(١) أي : حذف الألف .

(٢) انظر « كفاية النبيه » (١١/٢٧٣) .

(٣) في الأصل : (وغيرهم) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ ؛ فَإِنْ تَرَاضَيَا عَلَىٰ إِرْضَاعِ غَيْرِهِ .. جَازَ ، وَإِنْ تَشَاحَّا .. فُسِخَ ٱلْعَقْدُ ....

(**وقيل : فيه قولٌ آخر : أنه لا ينفسخ**) لأنه طريقٌ [للاستيفاء][1] كالراكب ، لا معقود عليه .

وهـٰذا الخلاف مبنيٌّ علىٰ أنه هل يجوز إبدال / المستوفىٰ به أم لا ؟ ٤٨٣/ب والذي جرىٰ عليه ابن المقري في « روضه » ونقله « أصله » عن العراقيين ، ونقلوه عن النصِّ : أنه لا يجوز ؛ كالمستوفىٰ منه[2] .

والذي جرىٰ عليه في « المنهاج » كـ « أصله » و« الشرح الصغير » وابن المقري في « شرح الإرشاد » : أنه يجوز ؛ كإبدال المستوفىٰ فيه[3] ، **وهـٰذا هو المعتمد** .

وعليه : (**فإن تراضيا علىٰ إرضاع غيره .. جاز**) لأن الحقَّ لهما ، (**وإن تشاحَّا**) أي : تمانعا في إرضاع غيره .. (**فُسِخ العقد**) لتعذُّر إمضائه ، والفاسخ له المستأجر .

فعُلِم : أنه يجوز في إجارة العين والذمَّة إبدال المستوفي للمنفعة ، والمحمول بمثله ، والمستوفىٰ به : كالأمثلة المذكورة ، والمستوفىٰ فيه : كأحد الطريقين بالآخر .

---

(١) في الأصل : (الاستيفاء) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٤) .

(٢) روض الطالب (١/٤٣٦) ، روضة الطالبين (٤/٥٢ ـ ٥٣) ، الأم (٥/٢٨) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٣٢١) ، المحرر (٢/٧٧٠) ، الشرح الصغير (ق ٤/٨٦) مخطوط ، إخلاص الناوي (٢/٤١٤) .

وَإِنْ مَاتَ ٱلْأَجِيرُ فِي ٱلْحَجِّ ، أَوْ أُحْصِرَ قَبْلَ ٱلْإِحْرَامِ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئاً مِنَ ٱلْأُجْرَةِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ٱلْفَرَاغِ مِنَ ٱلْأَرْكَانِ . . ٱسْتَحَقَّ . . . .

ولا يجوز إبدال المستوفىٰ منه بغيره في إجارة العين ؛ كالدابة المعيَّنة والدار [والأجير][1] المعيَّن ، كما لا يجوز إبدال المبيع ، بل تنفسخ الإجارة بتلفه ، ويثبت الخيار بتعييبه ، بخلافه في إجارة الذمَّة ؛ كما مرَّ[2]

قال في « المهذب » : (وفي معنىٰ [موت] الرضيع : أن يستأجر كحَّالاً ، أو من يقلع ضرسه فيبرأ ، أو من يقتصُّ له فيعفو ، فيكون على القولين)[3]

* * *

(**وإن مات الأجير في الحج ، أو أُحصر قبل الإحرام**) وقد وقع العقد علىٰ عينه . . (**لم يستحقَّ شيئاً من الأجرة**) لأن [ابتداءَ][4] المقصود من الإحرام وما قبله تسبُّبٌ إليه ، والأجرة تقابل المقصود ، وقد فات بجميع أجزائه ، فأشبه من استُؤجِر على البناء ، فأحضر الآلة ثم مات ، **وقيل** : يستحقُّ قسطاً من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة ، وبه قال الإصطخري[5]

(**وإن كان بعد الفراغ من الأركان**) وقبل الرمي والمبيت . . (**استحقَّ**

(١) في الأصل : (أو الأجير) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٤) .
(٢) انظر ما تقدم (٥/٤١٢) .
(٣) المهذب (١/٥٣١) .
(٤) في الأصل : (الابتداء) ، والتصويب من سياق عبارة « كفاية النبيه » (١١/٢٧٦) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٥/٣٦٣) .

ٱلْأُجْرَةَ ، وَعَلَيْهِ دَمٌ لِمَا بَقِيَ ، وَإِنْ مَاتَ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهِ بَعْضُ ٱلْأَرْكَانِ . . ٱسْتَحَقَّ بِقَدْرِ مَا عَمِلَ ، وَيَسْتَأْجِرُ ٱلْمُسْتَأْجِرُ مَنْ يَسْتَأْنِفُ ٱلْحَجَّ عَنْهُ . . . .

الأجرة) جميعها ؛ لإتيانه بالمقصود المقابل للأجرة **(وعليه دمٌ لِمَا بقي)** جبراً للنقص الحاصل .

وقيل ـ **وهو الأصح** ، وقطع به بعضهم ـ : إنه يردُّ من الأجرة ما يقابل الباقي عليه .

* * *

(وإن مات وقد بقي عليه بعض الأركان) سواء أبقي الوقوف أم غيره . . **(استحقَّ بقدر ما عمل)** من المسمَّىٰ ؛ كما لو استأجره علىٰ خياطة ثوبٍ فخاط بعضه ومات ، والتوزيع ـ كما قال الرافعي ـ على الأعمال ، وعلى المسير [1] ، وقيل : على الأعمال فقط ، وصحَّحه ابن يونس [2]

(ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج عنه) ولا يجوز البناء علىٰ حج الأجير **على الجديد** [3] ؛ لأنها عبادةٌ يفسد أولها بفساد آخرها ، فأشبهت الصلاة ، فإن وقع ذٰلك علىٰ حجٍ في الذمَّة . . لم تنفسخ بموته ، بل يستأجر من تركته من يحج عنه إن كان وقت الوقوف باقياً ، وإلا . . فللمستأجر الخيار .

* * *

ولو أُحصِر الأجير في أثناء الأركان . . فله التحلُّل ، فإذا تحلَّل . . فهل يقع

---

(١) الشرح الكبير (٣/٤١٥) .

(٢) شرح التنبيه (ق ١/٢١٥) مخطوط .

(٣) الأم (٣/٣٠٧ ـ ٣٠٨) .

وَإِنْ هَرَبَ ٱلْمُكْرِي وَٱلْعَقْدُ عَلَىٰ مَنْفَعَتِهِ . . ثَبَتَ لِلْمُسْتَأْجِرِ ٱلْخِيَارُ بَيْنَ ٱلْفَسْخِ وَٱلْبَقَاءِ ، وَإِنْ كَانَ ٱلْعَقْدُ عَلَىٰ مُدَّةٍ . . ٱنْفَسَخَ فِيهَا بِمُضِيِّ ٱلْوَقْتِ حَالاً فَحَالاً

ما أتىٰ به عن نفسه ؛ كما لو أفسده ، أو عن المستأجر ، لعدم تقصيره ؛ كما لو مات ؟ فيه وجهان ؛ **أصحُّهما** : الثاني ، ودم الإحصار علىٰ من وقع عنه .

فلو لم يتحلَّل حتىٰ فاته الحج . . انقلب إليه ، فيتحلَّل بعمل عمرةٍ ، وعليه دم [الفوات][1] ، وكذا لو فاته الوقوف بنومٍ ، أو تأخَّر عن القافلة أو نحو ذٰلك ، ولا شيء للأجير .

* * *

(**وإن هرب المكري والعقد علىٰ منفعته**) كأن استأجره ليخيط له شهراً 1/484 / أو هـٰذا الثوب . . (**ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ والبقاء**) بالمدِّ : مصدر بقي يبقىٰ بقاءً ؛ لتضرُّره بالتأخير ، وفي أكثر النسخ : (علىٰ منفعة) **وعليه** : يحتاج أن يقدر : (وغيَّب ما يُستوفىٰ منه المنفعة) وإلا . . فمجرَّد هربه مع وجود ما يُستوفىٰ منه المنفعة لا يثبت خياراً ، وحينئذٍ ؛ يكون قد احترز بقوله : (علىٰ منفعةٍ) عمَّا إذا ورد على الذِّمَّة ، وسيأتي حكمه[2]

*

(**وإن كان العقد علىٰ مدَّةٍ**) ولم يفسخ . . (**انفسخ فيها بمضي الوقت حالاً فحالاً**) أي : كلَّما مضت مدَّةٌ . . انفسخ فيها ؛ لأن المنفعة تتلف بمضي الزمان .

---

(١) في الأصل : (القران) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٢/٥٠٥) .
(٢) انظر ما سيأتي (٥/٤٤٨) .

وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ عَمَلٍ . . لَمْ يَنْفَسِخْ ؛ فَإِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ . . طَالَبَهُ بِهِ . وَإِنْ هَرَبَ ٱلْجَمَّالُ وَتَرَكَ ٱلْجِمَالَ وَفِيهَا فَضْلٌ . . بِيعَ مَا فَضَلَ وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا فَضْلٌ . . ٱقْتَرَضَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ أَمَرَ ٱلْحَاكِمُ ٱلْمُسْتَأْجِرَ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا قَرْضاً . . جَازَ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ٱلنَّفَقَةِ بِٱلْمَعْرُوفِ .

(**وإن كان علىٰ عملٍ**) كخياطة ثوبٍ أو بناء حائطٍ . . (**لم ينفسخ**) لإمكان الاستيفاء بعد مدَّةٍ ، (**فإذا قدر عليه . . طالبه به**) لقدرته عليه حينئذٍ .

[حكم هرب الجمَّال]

(**وإن**) أكرىٰ جِمَالاً بعينها أو في الذمَّة ، وتسلَّم عينها ، ثم (**هرب الجمَّال وترك الجِمَال**) . . راجع المستأجر القاضي ليمونها ، ومن يقوم بحفظها من مال الجمَّال ، فإن لم يجد له مالاً ، (**و**) كان (**فيها فضلٌ**) عن حاجة المستأجر . . (**بِيعَ**) أي : باع القاضي (**ما فضل**) عن حاجة المستأجر (**وأنفق عليها**) ولا يقترض القاضي عليه ، (**فإن لم يكن فيها فضلٌ . . اقترض عليه**) القاضي من بيت المال ، أو من المستأجر ، أو من غيره ، فإن وثق بالمكتري . . دفعه إليه ، وإلا . . جعله عند ثقةٍ لذٰلك ؛ لتعيُّنه طريقاً له .

* * *

(**[فإن]**[1] **أمر الحاكم المستأجر أن ينفق عليها قرضاً . . جاز في أصحِّ القولين**) كما لو اقترض منه ثم دفعه إليه ، ولأنه موضع ضرورةٍ ، ولأن الحاكم قد لا يجد غيره ، (**ويُقبَل قوله**) بيمينه (**في النفقة بالمعروف**)

(١) في الأصل : (وإن) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمٌ فَأَنْفَقَ وَأَشْهَدَ .. رَجَعَ ، وَقِيلَ : لَا يَرْجِعُ ....

أي : إذا ادَّعىٰ نفقة مثلها في العادة إذا نازعه الجمَّال فيما أنفق ؛ لأنه أمينٌ .

والقول الثاني : لا يجوز ؛ لأنه يؤدِّي إلىٰ [1] أن يكون القول قوله فيما يستحقُّه علىٰ غيره ، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلىٰ أمينٍ ؛ ليعطيه كل يومٍ قدر الحاجة ، وللحاكم إن لم يجد مالاً يقترضه أو لم يَرَ الاقتراض أن يبيع منها قدر النفقة [عليها] وعلىٰ من يتعهَّدها .

* * *

(**فإن لم يكن حاكمٌ**) أو عسر إثبات الواقعة عنده (**فأنفق وأشهد**) علىٰ ما أنفق ليرجع .. (**رجع**) لأنه حقٌّ علىٰ غائبٍ ، فجاز عند الضرورة أن يتوصَّل صاحبه إليه بحسب الإمكان .

(**وقيل : لا يرجع**) لأنه يصير حاكماً لنفسه ؛ ليستوفي حقَّه من مال غيره .

فإن اختلفا في نية الرجوع .. صُدِّق المنفق ؛ لأنَّه أعلم بقصده ، فإن لم يُشْهِد .. لم يرجع وإن نوى الرجوع ، سواء أقدر عليه أم لا

وإذا قلنا : يرجع ، فاختلف المنفق والجمَّال .. صُدِّق المنفق في إنفاقٍ معتادٍ بيمينه ؛ لأنه أمينٌ ؛ كما مرَّ ، وتبقى الجِمَال بيد المستأجر إلى انقضاء المدَّة ، ويحفظها الحاكم بعد انقضائها ، أو يبيع منها بقدر ما اقترض ، وإن خشي أن تأكل نفسها لو باع بعضها .. باع الكل .

---

(١) قوله : (إلىٰ) مكرر في الأصل .

وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ ٱلْمُتَكَارِيَيْنِ وَٱلْعَيْنُ ٱلْمُسْتَأْجَرَةُ بَاقِيَةٌ . . لَمْ يَبْطُلِ ٱلْعَقْدُ . . .

ولو هرب المكري بها ؛ فإن كانت الإجارة في الذمَّة . ./ اكترى الحاكم عليه من ماله ، فإن لم يجد له [مالاً][1] . . اقترض عليه واكترىٰ ، فإن تعذَّر الاكتراء عليه . . فللمستأجر الفسخ ؛ كما يُؤخَذ ذٰلك ممَّا سيأتي آخر الباب[2] . ٤٨٤/ب

وإن كانت إجارة عينٍ . . فله الفسخ ؛ كما إذا ندَّتِ الدابة .

* * *

(**وإن مات أحد المتكاريَين**) أو ماتا (**والعين المستأجَرة باقيةٌ**) أو كانت إجارة ذمَّةٍ . . (**لم يبطل العقد**) بل يبقىٰ إلى انقضاء المدَّة ، ويخلف المستأجرَ وارثُه في استيفاء المنفعة .

نعم ؛ لو أجَّر عبده المعلَّق عتقه بصفةٍ فوُجِدت مع موته ، أو أُمَّ ولده . . **فالأصح** : انفساخها بموته ، خلافاً لِمَا اقتضاه كلام الرافعي في (باب الوقف)[3] ، وكالمعلَّقِ عتقه بالصفة المدبَّرُ .

* * *

أما انفساخها بموت الأجير المعيَّن . . فلأنه مورد العقد ، لا لأنه عاقدٌ ، ولا تنفسخ بموت متولِّي الوقف الذي أجَّره ولو قاضياً ، إلا فيما لو أجَّر البطن

---

(١) في الأصل : (مال) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٤/ ٧٠) ، و« منهاج الطالبين » (ص ٣٢٣) .

(٢) انظر ما سيأتي (٥/ ٤٤٩) .

(٣) الشرح الكبير (٦/ ٢٥٢) .

الأول مثلاً من الموقوف عليهم الوقف مدَّةً ، ومات قبل تمامها ، وكل بطنٍ له النظر في استحقاقه فقط ؛ لأن الوقف انتقل استحقاقه بموت المؤجِر لغيره ، ولا ولاية له عليه ولا نيابة .

* *

ولو أجَّر ولي الصبيِّ الصبيَّ أو ماله مدَّةً لا يبلغ فيها بالسِّنِّ ، فبلغ فيها بالاحتلام رشيداً . . لم ينفسخ فيما بقي ؛ لأن الولي بنىٰ تصرُّفه في ذٰلك على المصلحة ، فيلزم ، ولو كانت المدَّة يبلغ فيها بالسِّنِّ . . بطلت الإجارة فيما بعد البلوغ به ، وفيما قبله قولا تفريقِ الصفقة .

* * *

ولو أجَّر الولي مال المجنون ، فأفاق في أثناء المدَّة . . فكبلوغ الصبي بالاحتلام ، ولا تنفسخ إجارة الناظر بموت البطن الأول ، ولا بموت غيره من البطون ؛ لأنه ناظرٌ للجميع .

نعم ؛ لو أجَّر للبطن الثاني فمات البطن الأول . . انتقلت منافع الوقف إلى البطن الثاني ، فتنفسخ الإجارة ؛ لأنه صار يستحقُّ المنافع ، ولا يستحقُّ لنفسه علىٰ نفسه ، ولا يشكل ذٰلك بما لو [استأجر][1] عيناً ، ثم اشتراها قبل انقضاء المدَّة ؛ حيث لم تنفسخ الإجارة ؛ لاختلاف الاستحقاق .

*

---

(١) في الأصل : (استأجره) ، والتصويب من سياق عبارة « كفاية النبيه » (١٣٢/١٣) ، و« مغني المحتاج » (٢٤٤/٣) .

وَإِنْ هَلَكَتِ ٱلْعَيْنُ ٱلْمُسْتَأْجَرَةُ فِي يَدِ ٱلْمُسْتَأْجِرِ مِنْ غَيْرِ عُدْوَانٍ . . لَمْ يَضْمَنْ .

(وإن هلكت العين المستأجَرة في يد المستأجر من غير عدوانٍ . . لم يضمن) لأنها عينٌ قبضها ليستوفي منها ما ملكه ، فلم يضمنها بالقبض ؛ كالنخلة إذا اشترىٰ ثمرتها ، وليس كمن اشترىٰ سمناً فقبضه في ظرفه ؛ فإنه يضمنه ؛ فإنَّ قبضَهُ بدونه ممكنٌ .

* * *

والرجوع في العدوان إلى العرف ؛ كأن نام في الثوب الذي استأجره للُّبسِ بالليل ، أو نقل فيه تراباً ، أو ألبَسهُ من هو دونه حرفةً ؛ كقصَّارٍ أو دبَّاغٍ ، أو أسكن البيت أضرَّ منه ؛ كحدَّادٍ وقصَّارٍ ، أو ضرب الدابة فوق العادة ، قال في « الروضة » : (وعادة الضرب تختلف في حقِّ الراكب والرائض والراعي ، فكلٌّ تُراعىٰ فيه عادةُ أمثاله)[1] ، أو كبَحَها ـ أي : جَذَبَها باللِّجام لتقف ـ فوق العادة ، أو أركبها أثقل منه ، بخلاف ما إذا ماتت بالضرب المعتاد ، أو بإركابِ من هو مثله أو دونه . . فلا يضمن ؛ لعدم تعدِّيه ، وهٰذا بخلاف / موت الزوجة والصبي بضربهما للتأديب المعتاد ؛ فإنه يضمنهما ؛ لإمكان تأديبهما بغيره . ١/٤٨٥

وقرار الضمان على المستعمل الثاني إذا علم الحال ، وإلا . . فعلى الأول إن كانت يد الثاني يد أمانةٍ كالمستأجر ، فإن كانت يد ضمانٍ كالمستعير . . فالقرار عليه ؛ كما أوضحوه في (الغصب) ، نبَّه عليه في « المهمَّات »[2] .

* * *

ولو ربط دابةً اكتراها لحملٍ أو ركوبٍ ولم ينتفع بها . . لم يضمن إلا إذا

---

(١) روضة الطالبين (٤/٥٩) .

(٢) المهمات (٦/١٦٢) .

وَإِنِ ٱنْقَضَتْ مُدَّةُ ٱلْإِجَارَةِ . . لَزِمَ ٱلْمُسْتَأْجِرَ رَدُّ ٱلْعَيْنِ ، وَعَلَيْهِ مُؤْنَةُ ٱلرَّدِّ ، وَقِيلَ : يَجِبُ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْجِرِ . . . .

تلفت بسببٍ ؛ كأن انهدم عليها إصطبلٌ في وقتٍ [للانتفاع][1] لو انتفع بها فيه لم يصبها الهدم . . فإنه يضمن ؛ لأن التلف حصل بربطها فيه ، بخلاف ما إذا تلفت بانهدام سقفٍ في وقتٍ لم تجرِ العادة باستعمالها فيه ؛ كما في جُنح الليل في الشتاء ، والضمان بذٰلك ضمان جنايةٍ لا ضمان يدٍ .

[يد المستأجر على العين يد أمانة]

(و) يد المكتري على العين المكتراة يد أمانةٍ مدَّة الإجارة ، فـ (**إن انقضت مدَّة الإجارة**) ولم يستعملها . . فكذٰلك ؛ استصحاباً لِمَا كان كالمودع ، وإذا لم يضمنها . . (**لزم المستأجرَ ردُّ العين**) في قولٍ ، (**وعليه مؤنة الردِّ**) لأن المالك أذن له في إمساكها لاستيفاء المنفعة من غير إيداعٍ ، فإذا انقضت المدَّة . . لزمه الردُّ ؛ كالمستعير .

(**وقيل**) وهو الأصح ، وإن أقرَّ النووي في « تصحيحه » الشيخ على الأول[2] : (**يجب ذٰلك**) أي : ردُّ العين ، ومؤنتها (**على المؤجِر**) ويلزم المستأجر التخلية بينها وبينه إذا طلبها كالوديعة ، ولا يضمن المنافع ، وإن استعملها . . ضمن قطعاً .

* *

وإن انفسخت الإجارة بسببٍ ، ولم يُعْلِم المستأجر المالكَ بالانفساخ بعد

---

(١) في الأصل : (الانتفاع) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٤٥١) .

(٢) أي : سكت عنه ؛ فكل ما سكت عنه النووي في « تصحيحه » من عبارة « التنبيه » . . فهو إقرار له .

وَإِذَا ٱخْتَلَفَا فِي ٱلرَّدِّ . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُؤْجِرِ . وَإِنْ هَلَكَتِ ٱلْعَيْنُ ٱلَّتِي ٱسْتُؤْجِرَ عَلَى ٱلْعَمَلِ فِيهَا فِي يَدِ ٱلْأَجِيرِ ؛ فَإِنْ كَانَ ٱلْعَمَلُ فِي مِلْكِ ٱلْمُسْتَأْجِرِ ، أَوْ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ وَٱلْمُسْتَأْجِرُ مُشَاهِدٌ لَهُ . . لَمْ يَضْمَنْ . وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا : أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ . . . .

علمه به . . ضمنها ومنافعها ؛ لتقصيره بعدم إعلامه ، فإن أعلمه ، أو لم يعلمه لعدم علمه به ، أو كان هو عالماً به . . لم يضمن ؛ لأنه أمينٌ ، ولا تقصير منه .

(**وإذا اختلفا في الردِّ . . فالقول قول المؤجِر**) بيمينه ؛ **لأن الأصل** : عدمه ، ولأنه قبضها لغرض نفسه ، فأشبه المستعير .

* * *

وضابط من يُصدَّق بيمينه في الردِّ : هو كل أمينٍ ادَّعى الردَّ علىٰ مَنِ ائتمنه ، إلا المستأجر والمرتهن ؛ كما تقدَّم التنبيه علىٰ ذٰلك في (باب الرهن)(١)

* * *

(**وإن هلكت العين التي استُؤجر على العمل فيها [في يد الأجير]**) بلا تفريطٍ (**فإن كان العمل في ملك المستأجر ، أو في غير ملكه والمستأجر مشاهدٌ له . . لم يضمن**) لأنه غير مسلمٍ إليه في الحقيقة ، وإنَّما استعان المالك به في شغله ، فأشبه الوكيل .

وإن كان في غيبته . . فكعمله في غير ملكه ، **وقد صرَّح بحكمه فقال** : (**وإن كان في غير ملكه**(٢) . . **ففيه قولان ؛ أصحُّهما : أنه لا يضمن**)

---

(١) انظر ما تقدم (٤/٣٩٢) وما بعدها .

(٢) أي : في غير ملك المستأجر .

وَيَسْتَحِقُّ ٱلْأُجْرَةَ فِيمَا عَمِلَ فِي مِلْكِ ٱلْمُسْتَأْجِرِ إِلَىٰ أَنْ هَلَكَ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ لِمَا عَمِلَ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ . وَإِنِ ٱخْتَلَفَ ٱلْمُسْتَأْجِرُ وَٱلْأَجِيرُ ٱلْمُشْتَرَكُ فِي رَدِّ ٱلْعَيْنِ . . فَقَدْ قِيلَ : ٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمُسْتَأْجِرِ . . . .

لأنه قبضها لمنفعته ومنفعة المالك ، فأشبه المرتهن وعامل القراض .

فائدة

[في كون عدم ضمان الأجير مذهب الشافعي لكنه لا يبوح به لفساد الزمان]

قال الربيع : (كان الإمام الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه يذهب إلىٰ أنه لا ضمان على الأجير ، لكنه لا يبوح به ؛ لفساد الزَّمان) انتهىٰ ، فلو نظر إلىٰ زماننا !!

والثاني : يضمن [لأنه][1] قبضها لمنفعة نفسه من غير استحقاقٍ ، فأشبه المستعير ،/ ولا فرق في جريان الخلاف بين الأجير المشترك والمنفرد . ٤٨٥/ب

(**ويستحقُّ الأجرة فيما عمل في ملك المستأجر**) أو بحضرته (**إلىٰ أن هلك**) لأنه تحت يده ، فالعمل مسلَّمٌ له أولاً فأولاً ، (**ولا يستحقُّ لِمَا عمل في غير ملكه**) مع غيبته ؛ لأنه لم يسلِّم ما عمل ، فأشبه المبيع إذا تلف قبل القبض .

❊

(**وإن اختلف المستأجر والأجير المشترك في ردِّ العين . . فقد قيل : القول قول المستأجر**) لأن **الأصل** : عدم القبض .

---

(١) في الأصل : (لأن) ، والتصويب من « البيان » (٧/ ٣٨٤) ، و« كفاية النبيه » (١١/ ٢٨٧) .

وَقِيلَ : ٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْأَجِيرِ . وَإِنْ بَاعَ ٱلْمُكْرِي ٱلْعَيْنَ مِنَ ٱلْمُكْتَرِي . . جَازَ ، وَلَمْ تَنْفَسِخِ ٱلْإِجَارَةُ ، بَلْ يَسْتَوْفِي مَا بَقِيَ بِحُكْمِ ٱلْعَقْدِ . . . .

(**وقيل**) وهو الأصح : (**القول قول الأجير**) كعامل القراض والوكيل بجُعلٍ ؛ لأن يد هٰؤلاء نائبةٌ عن المالك ، **والأجير المشترك** : هو الذي يلتزم العمل في ذمَّته ؛ كعادة الخيَّاطين والقصَّارين وغيرهم ؛ فإذا التزم له . . أمكنه أن يلتزم لآخر مثل ذٰلك ، فكأنه مشتركٌ بين الناس ، وأما المنفرد . . فهو الذي أجَّر نفسه مدَّةً معينةً ، فلا يمكنه التزام مثله في تلك المدَّة .

❊ ❊ ❊

(**وإن باع المكري العين**) المستأجرة (**من المكتري . . جاز**) لأنها في يده من غير حائلٍ ، فأشبه بيع المستعار من المستعير ، ولأن الإجارة وردت على المنفعة ، فلا تمنع بيع الرقبة ؛ كبيع المزوَّجة ، (**ولم تنفسخ الإجارة ، بل يستوفي ما بقي بحكم العقد**) إذ الملك لا ينافيها ، ولهٰذا يستأجر ملكه من المستأجر .

وقيل : تنفسخ ؛ لأنه إذا ملك الرقبة . . حدثت المنافع علىٰ ملكه ، فلا تُستوفَىٰ بالإجارة ؛ كما لو اشترىٰ زوجته .

وأجاب الأول : بأن الذي ينتقل للمشتري ما كان للبائع ، والبائع حين البيع ما كان يملك من المنفعة شيئاً ، بخلاف النكاح ؛ فإن السيِّد يملك منفعةَ[1] بضعِ الأمة المزوجة ؛ بدليل أنها لو وُطِئت بشبهةٍ . . فإن المهر له لا للزوج .

---

(١) في الأصل : (من منفعة) ، والتصويب من « الشرح الكبير » (٦/١٨٢) ، و« كفاية النبيه » (١١/٢٩٢) .

وَإِنْ بَاعَ مِنْ غَيْرِهِ . . لَمْ يَصِحَّ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَيَصِحُّ فِي ٱلْآخَرِ ، وَيَسْتَوْفِي ٱلْمُسْتَأْجِرُ . . . .

وعلى **الأول** : لو تلفت المنافع قبل انقضاء مدَّة الإجارة . . انفسخت ، ورجع على المؤجِر بحصَّة ما بقي من المدَّة ، ولو انفسخ البيع قبل تمام المدَّة . . فللمستأجر استيفاء المنفعة إلى انقضاء المدَّة ، وإن قلنا بانفساخ الإجارة . . رجع المستأجر على المؤجِر بأجرة بقية المدَّة في **أصحِّ الوجهين** .

* * *

(**وإن باع**) المكري (**من غيره**) أي : المكتري . . (**لم يصح في** [**أحد**] **القولين**) عند الشيخ ؛ لأن يد المستأجر مانعةٌ من التسليم بحقٍّ ، فكانت كالبيع من يد الغاصب الذي لا يقدر على نزعها منه (١)

(**ويصح في الآخر**) وإن لم يأذن المستأجر ، وهو **الأظهر** ؛ لأن ثبوت [العقد على] المنفعة لا يمنع بيع الرقبة ؛ كالأمة المزوَّجة .

نعم ؛ إن كانت الإجارة لعملٍ غير مقدَّرٍ بمدَّةٍ ؛ كأنِ استأجر دابةً للركوب إلىٰ بلد كذا . . فعن أبي الفرج الزَّاز : (يمتنع البيع قولاً واحداً ؛ لجهالة مدَّة السير) ذكره البلقيني (٢)

* *

(**و**) **علىٰ صحَّة البيع** : لا تنفسخ الإجارة ، بل (**يستوفي المستأجر**

---

(١) عبارة « كفاية النبيه » (١١/٢٩٥) : (فكانت أَولىٰ بمنع البيع من يد الغاصب . . .) ، ومثله « النجم الوهاج » (٥/٤٠٠) ، و« عجالة المحتاج » (٢/٩٤٦) .

(٢) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ٢/٩٣ ـ ٩٤) مخطوط .

مَا بَقِيَ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمِ ٱلْمُشْتَرِي بِٱلْإِجَارَةِ . . ثَبَتَ لَهُ ٱلْخِيَارُ . . . .

ما بقي) كما لا ينفسخ النكاح ببيع الأمة المزوَّجة ، وتُترَك العين بيد المستأجر إلى انقضاء المدَّة ،/(**فإن لم يعلم المشتري بالإجارة . . ثبت له الخيار**) في فسخ البيع ؛ لأن ذٰلك عيبٌ ، بخلاف ما إذا علمها . ١/٤٨٦

نعم ؛ لو قال : (علمتُها ولٰكن ظننتُ أن لي أجرةَ ما يحدث علىٰ ملكي من المنفعة) . . فأفتى الغزالي [بثبوت][1] الخيار له إن كان ممَّن يشتبه عليه ذٰلك[2] ، **وهٰذا أوجَهُ** ـ كما قال الزركشي ـ ممَّا قاله الشاشي من المنع ؛ لأنه ممَّا يخفىٰ[3] .

* * *

ولو فسخت الإجارة بنحو عيبٍ كإقالةٍ . . فالمنفعة لبقية المدَّة تثبت للبائع ؛ كما رجَّحه ابن المقري[4] ، لا للمشتري ؛ لأنه لم يملك منافع تلك المدَّة ، ورجَّح البلقيني تبعاً لابن الحدَّاد أنها للمشتري[5] ؛ لأن المنافع تعود لمالك الرقبة ، **والأول أوجَهُ** ؛ **لأن الأصح** : أن الفسخ يرفع العقد من حينه .

وكبيع العين المستأجرة هبتُها ، والوصية بها ، ورهنها .

ومحلُّ الخلاف في البيع لغير المستأجر : في بيعٍ غير ضمنيٍّ ، أما فيه ؛

---

(١) في الأصل : (ثبوت) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/ ٤٣٥) .

(٢) فتاوى الغزالي (ص ١٧١ ـ ١٧٢) .

(٣) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/ ٤٧) مخطوط .

(٤) روض الطالب (١/ ٤٤٢) .

(٥) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ٢/ ٩٤) مخطوط .

وَإِنْ كَانَ عَبْداً فَأَعْتَقَهُ . . عَتَقَ . . . .

كـ (أعتِقْ عبدك عنِّي علىٰ كذا) وهو مستأجرٌ . . فيصح قطعاً ؛ لقوة داعية العتق ، وفي بيع غير الحاكم ، أما بيعه للضرورة ؛ كبيعها عند هرب الجمَّال كما مرَّ[1] . . فيصح قطعاً .

❊ ❊ ❊

ولو أجَّر الأب عيناً من ابنه ، ثم مات أحدهما وورثه الآخر . . لم تنفسخ الإجارة ، وتظهر فائدة عدم الفسخ حين يكون على التركة دَينٌ ، فلا يتعلَّق بالعين المستأجرة ـ أي : بمنافعها ـ شيءٌ منه .

ولو خلَّف المؤجِر ابنَينِ أحدهما مستأجرٌ دون الآخر . . فالرقبة بينهما بالإرث ، والإجارة مستمرَّةٌ ، فالمستأجر ورث نصيبه بمنافعه ، والآخر ورثه مسلوب المنفعة .

❊ ❊ ❊

(**وإن كان**) المُستأجَر (**عبداً فأعتقه**) مالكه في مدَّة الإجارة . . (**عتق**) كما لو زوَّج أمته ثم أعتقها ، أو أعتق المغصوب أو الآبق ، ولا تنفسخ الإجارة ؛ لأنه أزال ملكه عن المنافع مدَّتها قبل عتقه ، فالإعتاق إنَّما يتناول ما كان ملكاً له ، ولأنه أجَّر ملكه ثم طرأ ما يزيله ، فأشبه ما إذا أجَّر ثم مات ، ولم يثبت للعبد خيار بعتقه ؛ لأن سيده تصرَّف في خالص ملكه ، فلا يُنقَض ، ولا رجوع له على السيد بأجرةٍ لِمَا بعد عتقه ؛ لأنه تصرَّف في منافعه حين كانت مستحقَّةً له بعقدٍ لازمٍ ، فصار كما لو زوَّج أمته واستقرَّ مهرها ثم عتقت . . لا ترجع بشيءٍ لِمَا يستوفيه الزوج بعد العتق ، ولا نفقة له على السيد ؛ لانتفاء موجبها ، ويُنفَق

---

(١) انظر ما تقدم (٥/٤٣٠) .

وَلَهُ أَقَلُّ ٱلْأَمْرَيْنِ مِنْ أُجْرَتِهِ وَنَفَقَتِهِ . . . .

عليه من بيت المال حتىٰ تنقضي المدَّة ؛ كسائر الأحرار العاجزين ، لا من مال السيد(١) .

(و) **قيل** : (**له**) على السيد (**أقل الأمرين من أجرته ونفقته**) أما وجوب أجرة المثل إذا كانت أقل . . فلأن الحرية قطعت سبب وجوب النفقة ؛ وهو الرقُّ ، وقد فوَّت السيد عليه منافعه في باقي مدَّة الإجارة ، فضمن بدلها ؛ كما لو أكرهه على العمل ، وأما وجوب النفقة إن كانت أقل . . فلأن العتق إنَّما يقع علىٰ ما هو مملوكٌ [للسيد](٢) ، والمنفعة غير مملوكةٍ له ، فلم يشملها العتق ، فلا يرجع ببدلها ، ووجبت النفقة ؛ لأنه/ كالباقي علىٰ ملكه . ٤٨٦/ب

قال ابن الرفعة : (وهٰذا الوجه لم أرَهُ هٰكذا فيما وقفتُ عليه ، بل الذي في « المهذب » وغيره : أنه هل يستحقُّ على السيِّد أجرة المثل أم لا ؟ فيه قولان ؛ **أصحُّهما ـ وهو الجديد ـ** : لا ، **فعلىٰ هٰذا** : هل يرجع على السيد بنفقته ؟ فيه **وجهان** ؛ **أصحُّهما** : لا ، بل يجب في بيت المال)(٣) .

ووقع في بعض النسخ : (أو نفقته) قال النووي في « تحريره » : (**والأجود** : حذف هٰذه الألف) انتهىٰ(٤) .

* * *

---

(١) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمدينة المنورة برباط العجمي) .

(٢) في الأصل : (السيد) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٢٩٨) .

(٣) كفاية النبيه (١١/٢٩٨) .

(٤) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٤) .

ولو فسخ المستأجر الإجارة قبل انقضاء مدَّتها بعيبٍ ظهر بالعبد بعد عتقه .. ملك العتيق منافع نفسه ؛ كما رجَّحه النووي ، وجزم به ابن المقري (١) ؛ لأنه صار مستقلاً ، **ويفارق ما مرَّ في [صورة] البيع من أنها للبائع** (٢) : بأن العتق لَمَّا كان متقرَّباً به والشارع متشوِّفاً إليه .. كانت منافع العتيق له ؛ نظراً لمقصود العتق من كمال تقرُّبه ، بخلاف البيع ونحوه .

وقيل : هي للسيد ، ورجَّحه الإسنوي (٣) .

❋

ولو مات المؤجر له ، فأعتقه الوارث في المدَّة .. فلا شيء له عليه كمورِّثه ، ولو أجَّر أمَّ ولده ، ثم مات قبل مضي المدَّة .. انفسخت الإجارة في الباقي ، لا فيما مضىٰ .

وفرق بينها وبين العبد : فيما إذا أعتقه سيده في المدَّة ؛ بأن العبد ملك نفسه بتمليك السيد ، فاختصَّ السيد بما كان علىٰ ملكه ، وأم الولد ملكت نفسها بالموت من غير تمليكه .

ويُؤخَذ من ذٰلك ـ كما بحثه ابن الرفعة ـ : أن إيجارها لو كان قبل استيلادها .. كانت كالعبد (٤) ؛ لتقدُّم استحقاق المنفعة علىٰ سبب العتق ،

(١) روضة الطالبين (٤/٧٥) ، روض الطالب (١/٤٤١) .
(٢) انظر ما تقدم قريباً (٥/٤٣٨) ، وفي الأصل : (صور) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٣٤) ، و« مغني المحتاج » (٢/١٦٦) .
(٣) المهمات (٦/١٨٣) .
(٤) كفاية النبيه (١١/٢٩٩) .

فَإِنْ أَجَّرَ ٱلْعَيْنَ مِنْ غَيْرِ ٱلْمُسْتَأْجِرِ . . لَمْ يَجُزْ ، وَإِنْ أَجَّرَهَا مِنَ ٱلْمُسْتَأْجِرِ . . جَازَتْ فِي أَظْهَرِ ٱلْقَوْلَيْنِ . . . .

والمعلَّق عتقه بصفةٍ لا يعلم وقوعها في المدَّة . . [حكمه] حكم البطن الأول فيما تقرَّر فيه[1] ، ووجود [الصفة] التي يعلم وقوعها في المدَّة . . كبلوغ الصبي بالسِّنِّ فيها ، فلا يؤجِّره مدَّةً تُوجَد الصفة فيها ، والمدبَّرُ كالمعلَّق عتقه بصفةٍ .

ولو أجَّر المكاتب نفسه ، ثم عجَّزه سيده . . بطلت الإجارة ؛ لأنه أجَّر نفسه بحكم ملك نفسه ، وقد بطل فزال أثره لذٰلك مع ضعف ملكه ، ولا تصح مكاتبة الرقيق المؤجَّر ؛ إذ لا يمكنه التصرُّف لنفسه .

* * *

(**فإن أجَّر العين**) قبل انقضاء المدَّة (**من غير المستأجر**) كأَنْ أجَّر داراً شهراً ، ثم أجَّرها لآخر قبل انقضاء المدَّة . . (**لم يجز**) ولم يصح العقد الثاني ؛ لعدم اتِّحاد المستأجر ؛ لأنه أجَّر ما لا يقدر علىٰ تسليمه ، ولم يُوجَد اتصال الشروع في الاستيفاء بالعقد .

(**وإن أجَّرها من المستأجر**) مدَّةً تلي مدَّة إجارته . . (**جازت في أظهر القولَينِ**) لأنها في يده ، والمنفعة تقع متواليةً في ملكه ، فأشبه استئجار الشهرين ابتداءً في عقدٍ واحدٍ ، بخلاف ما لو قال : (آجرتُكها سنةً ، فإذا انقضت . . فقد آجرتُكها سنةً أخرىٰ) . . لا يصح العقد الثاني ؛ كما لو علَّق

---

(١) انظر ما تقدم (٥/٤٣٣) .

وَإِنِ ٱنْقَضَتْ مُدَّةُ ٱلْإِجَارَةِ وَفِي ٱلْأَرْضِ زَرْعٌ ؛ فَإِنْ كَانَ بِتَفْرِيطٍ مِنَ ٱلْمُسْتَأْجِرِ . . جَازَ إِجْبَارُهُ عَلَىٰ قَلْعِهِ وَتَسْوِيَةِ ٱلْأَرْضِ ، وَجَازَ تَرْكُهُ بِأُجْرَةٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِتَفْرِيطٍ مِنْهُ . . فَقَدْ قِيلَ : يَجُوزُ إِجْبَارُهُ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . . . .

بمجيء الشهر ، ووجهُ مقابلِ **الأظهر** : القياس علىٰ إيجارها من غيره ، وفي « الرافعي » : أن المسألة ذات وجهَين [1]

وعلى الأول : لو انفسخ العقد الأول . . لم يؤثِّر في الثاني ؛ لعروض الفسخ ، وتقدَّم ما له بهـٰذه المسألة تعلُّقٌ / عند قوله : (ويتَّصل الشروع في الاستيفاء بالعقد) [2] 1/487

❊

(**وإن انقضت مدَّة الإجارة وفي الأرض زرعٌ ؛ فإن كان بتفريطٍ من المستأجر**) كأن زرع ما لا يُحصَد في تلك المدَّة ، أو أخَّر البذر . . (**جاز إجباره علىٰ قلعه وتسوية الأرض**) لتعدِّيه ، (**وجاز تركه بأجرةٍ**) لأن الحقَّ للمالك ، فجاز تركه برضاه ، ولا يُجبَر على القلع قبل انتهاء المدَّة ؛ لأن المنفعة الآن له ، ولا يُمنَع ابتداءً مِن زرع ما لا يُدرِك في المدَّة ، (**وإن لم يكن بتفريطٍ منه**) كتأخير المطر أو لحرٍّ أو بردٍ أو نحوه . . (**فقد قيل : يجوز إجباره**) لأنه مفرِّطٌ بترك الاستظهار في مدَّة الإجارة .

(**وقيل**) وهو **الأصح** : (**لا يجوز**) لأن هـٰذه الموانع ليست من صنعه ، فهو معذورٌ ، **فعلىٰ هـٰذا** : يلزمه أجرة المثل لِمَا زاد .

---

(١) الشرح الكبير (٦/٩٦) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٣٨٧) .

وَإِنْ كَانَتِ ٱلْإِجَارَةُ عَلَىٰ عَمَلٍ فِي ٱلذِّمَّةِ .. جَازَ أَنْ يَعْقِدَ بِلَفْظِ ٱلسَّلَمِ ....

هـٰذا كله ؛ إذا استأجر للزراعة وأطلق ، أما إذا عيَّن زرعاً .. نُظِر : إن عيَّن ما لا يستحصد في تلك المدَّة ؛ فإن شرط القلع بعد مضي المدَّة .. جاز ، أو الإبقاء .. فسد للتناقض ، فلو زرع .. لم يقلع مجاناً للإذن ، بل يُؤخَذ منه أجرة المثل لجميع المدَّة ، وإن لم يتعرَّضا لقلعٍ ولا إبقاءٍ .. صحَّ ، ثم إن توافقا بعد المدَّة علىٰ إبقائه مجاناً أو بأجرةٍ .. فذاك ، وإن أراد المالك إجبار المستأجر على القلع .. لم يكن له ذٰلك ، [وله][1] أجرة المثل للزيادة .

ولو انقضت مدَّة الإجارة للبناء والغراس وهما قائمان .. فهو كرجوع المعير ، وقد مرَّ[2] .

ولو شرط في الإجارة للبناء والغراس التبقية بعد المدَّة .. ففي الصحَّة وجهان ؛ **أصحُّهما عند الإمام والبغوي** : الفساد[3] ؛ لتضمُّنها إلزام المكري التأبيد .

* * *

(وإن كانت الإجارة علىٰ عملٍ في الذمَّة .. جاز أن يعقد بلفظ السَّلَم) لمساواته للسَّلَم ؛ بجامع الثبوت في الذمَّة ، فيقول : (أسلمتُ إليك هـٰذا

---

(١) في الأصل : (وعليه) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٤/٤٣) ، و« كفاية النبيه » (١١/٣٠٣) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/١٤٢) .

(٣) نهاية المطلب (٨/٢٥٥) ، التهذيب (٤/٤٨٤ ـ ٤٨٥) .

فَإِنْ عَقَدَ بِلَفْظِ ٱلسَّلَمِ . . ٱعْتُبِرَ فِيهِ قَبْضُ ٱلْأُجْرَةِ فِي ٱلْمَجْلِسِ ، وَإِنْ عَقَدَ بِلَفْظِ ٱلْإِجَارَةِ . . فَقَدْ قِيلَ : يُعْتَبَرُ ، وَقِيلَ : لَا يُعْتَبَرُ ، وَلَا تَسْتَقِرُّ ٱلْأُجْرَةُ فِي هَـٰذِهِ ٱلْإِجَارَةِ إِلَّا بِٱلْعَمَلِ . . . .

الدينار ـ أو ديناراً في ذمَّتي ـ في خياطة ثوبٍ من صفته كذا) ويبيِّن نوع الخياطة إن اختلف ، أو : (في بناء حائط) ويبيِّن طوله وعرضه ، وارتفاعه وموضعه ، وما يبني به .

* * *

(**فإن عقد بلفظ السَّلَم . . اعتُبِر فيه قبض الأجرة في المجلس**) لأنه سَلَمٌ ، (**وإن عقد بلفظ الإجارة . . فقد قيل**) وهو الأصح : (**يُعتبَر**) اعتباراً بالمعنىٰ ؛ لأنه سَلَمٌ .

(**وقيل : لا يُعتبَر**) اعتباراً بلفظه ، وتقدَّم ما له بهـٰذه المسألة تعلُّقٌ عند شرح قوله : (وإن عقد علىٰ مالٍ جزافٍ)[1]

(**و**) قيل : (**لا تستقرُّ الأجرة في هـٰذه الإجارة إلا بالعمل**) لأن المعقود عليه ما في الذمَّة ، فلا يستقرُّ بدله من غير استيفاءٍ ؛ كالمُسلَم فيه ، وقد أقرَّ النووي في « تصحيحه » الشيخَ علىٰ هـٰذا[2]

والأصح ـ كما في « الروضة » و« أصلها » ـ : استقرارها بدون العمل[3] ،

(١) انظر ما تقدم (٥/٣٩٤) .

(٢) أي : سكت عنه ؛ فكل ما سكت عنه النووي في « تصحيحه » من عبارة « التنبيه » . . فهو إقرار له .

(٣) روضة الطالبين (٤/٧٢) ، الشرح الكبير (٦/١٧٦) .

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْقَدَ عَلَىٰ عَمَلٍ مُعَجَّلٍ وَمُؤَجَّلٍ ، وَإِنْ هَلَكَتِ ٱلْعَيْنُ ، أَوْ غُصِبَتْ . . لَمْ تَنْفَسِخِ ٱلْإِجَارَةُ ، بَلْ يُطَالَبُ بِٱلْبَدَلِ . وَإِنْ هَرَبَ ٱلْمُكْرِي . . ٱكْتُرِيَ عَلَيْهِ ؛

قال ابن الرفعة : (ويمكن حمل كلام الشيخ علىٰ ما إذا اعتمد العقد العمل ، وكلام غيره علىٰ ما إذا اعتمد الدابة)(١)

قال ابن الملقن : (قلت : الرافعي صرَّح في القسمَينِ بالاستقرار ، فلا يتأتَّى الحمل المذكور)(٢)

* * *

(ويجوز أن يعقد / علىٰ عملٍ معجَّلٍ ومؤجَّلٍ) كالسَّلَم ، وصورة المعجَّل : (أسلمت إليك ـ أو : ألزمت ذمَّتك ـ خياطة هٰذا الثوب حالاً) ، والمؤجَّل : (إلىٰ شهرٍ مثلاً) ، (وإن هلكت العين) التي سلَّمها ليستوفي بها ما في ذمَّته ، وكذا لو تعيَّبت (أو غُصبت . . لم تنفسخ الإجارة) أي : (بل يطالب بالبدل) لأن المعقود عليه [ما] في الذمَّة ، وهو باقٍ ، وليس للمستأجر مطالبة الغاصب بالأجرة اتفاقاً . ٤٨٧/ب

ولو أراد المكتري أن يعتاض عن حقِّه في إجارة الذمَّة ؛ فإن كان بعد تسليم الدابة . . جاز ، وإلا . . فلا .

* * *

(وإن هرب المكري . . اكتُرِي) أي : اكترى الحاكم (عليه) من ماله ،

---

(١) كفاية النبيه (١١/٣٠٥) .

(٢) هادي النبيه (ق ١/١٦٤) مخطوط .

فَإِنْ تَعَذَّرَ ذَٰلِكَ . . ثَبَتَ لِلْمُكْتَرِي ٱلْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَفْسَخَ وَبَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ إِلَىٰ أَنْ يَجِدَهُ . وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ ثَوْباً فَقَطَعَهُ قَمِيصاً ، فَقَالَ صَاحِبُ ٱلثَّوْبِ : (أَمَرْتُكَ أَنْ تَقْطَعَهُ قَبَاءً فَعَلَيْكَ ٱلْأَرْشُ) ، وَقَالَ ٱلْخَيَّاطُ : (بَلْ أَمَرْتَنِي بِقَمِيصٍ فَعَلَيْكَ ٱلْأُجْرَةُ) . . تَحَالَفَا عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ . . . .

فإن لم يجد له مالاً . . اقترض عليه واكترىٰ ، (فإن تعذّر ذٰلك) أي : الاكتراء عليه . . (ثبت للمكتري الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلىٰ أن يجده) لتأخير حقِّه ، وإذا فسخ . . لا [يقترض][1] الحاكم عليه لوفاء الأجرة ؛ لأنها دَينٌ ، وبالاقتراض يجدد مثله .

[حكم الاختلاف بين الخياط وصاحب الثوب]

(وإذا دفع إليه ثوباً) ليخيطه له بعد قطعه (فقطعه قميصاً ، فقال صاحب الثوب : أمرتك أن تقطعه قَباءً فعليك الأرش ، وقال الخيَّاط : بل أمرتني بقميصٍ فعليك الأجرة) ومثله : لو صبغه أسود ، فقال : (إنَّما أمرتك بصبغه أحمر) . . (تحالفا علىٰ ظاهر المذهب) وهو نصُّ الإمام الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه[2] ؛ لأن كل واحدٍ منهما مدَّعٍ ومدَّعىً عليه ، فيتحالفان كالمتبايعَينِ إذا اختلفا في مقدار الثمن .

والتحالف طريقةٌ من ستة طُرقٍ للأصحاب في مسألة الخياطة والصبغ .

---

(١) في الأصل : (يعترض) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٣٠٧) .

(٢) انظر « التهذيب » (٤/٤٧١) .

وَلَا يَسْتَحِقُّ ٱلْخَيَّاطُ ٱلْأُجْرَةَ ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ أَرْشُ ٱلنَّقْصِ ؟ قَوْلَانِ .

والطريقة الصحيحة منها : طريقةٌ حاكيةٌ لقولَين ؛ **أحدهما ـ وهو الأظهر المعتمد** ؛ كما في « المنهاج » ك « أصله » و« الروضة » و« أصلها » ـ : تصديق المالك بيمينه[١] ؛ كما لو اختلفا في أصل الإذن . . فيحلف أنه ما أذن في قطعه قميصاً .

والقول الثاني : يُصدَّق الخيَّاط بيمينه ؛ لأن المالك يدَّعي عليه الغرم ، **والأصل** : عدمه .

* * *

(**ولا يستحقُّ الخياط**) على التحالف ولا علىٰ تصديق المالك (**الأجرة**) لأن عمل الخيَّاط بالتحالف أو الحلف صار غير مأذونٍ فيه ، (**وهل يلزمه أرش النقص**) للثوب ؟ (**قولان**) **أصحُّهما على التحالف** : لا يلزمه ؛ لأنه نفىٰ بيمينه ما ادُّعي عليه من العُدْوان ، فعمل بموجبهما ؛ كيمين المالك في نفي الأجرة .

والثاني : يلزمه ؛ لأنهما إذا تحالفا . . فكأن لا عقد ، فيصير قاطعاً له بغير عقدٍ ، ويلزمه علىٰ تصديق المالك قطعاً ، **وعلى اللزوم** : هل هو ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً ، أو ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباءً ؟ **وجهان** ؛ صحَّح الإمام وجماعةٌ الأول[٢] ، وقال الإسنوي : (**إنه الأصح**)[٣] ، وصحَّح

(١) منهاج الطالبين (ص ٣٢٢) ، المحرر (٢/٧٧٤) ، روضة الطالبين (٤/٦٢) ، الشرح الكبير (٦/١٥٨ ـ ١٥٩) .

(٢) نهاية المطلب (٨/١٨٢ ـ ١٨٣) .

(٣) المهمات (٦/١٦٩) .

جماعة الثاني ، وهو الظاهر ، واختاره السبكي وقال : (لا يتَّجه غيره)[1]

وللخياط نزع خيطه كالصبغ ، وعليه أرش النزع إن حصل به نقصٌ ؛ كما قاله الماوردي والروياني[2] ، وله منع المالك من شدِّ خيطه في خيط الخيَّاط ليجرَّه في [الدروز][3] مكانه إذا نزع ؛ لأنه تصرف في ملك غيره ، فلا يجوز / بغير رضاه .

488/أ

ولو قال له : (إن كان هـٰذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه) فقطعه . . ضمن الأرش إن لم يكفه ؛ لأن الإذن مشروطٌ بما لم يُوجَد ، لا إن قال : (هو يكفيك) ، فقال : (اقطع) . . فلا يضمن إن لم يكفِهِ ؛ لأن الإذن مطلقٌ .

* * *

ولو اختلفا في الأجرة أو المدَّة أو المنفعة أو قدر المنفعة ؛ هل هي عشرة فراسخ أو خمسةٌ ، أو في قدر المستأجر هل هو كل الدار أو [بيتٌ][4] منها . . تحالفا ، وفسخت الإجارة ؛ كما في البيع ، ووجب على المستأجر أجرة المثل لِمَا استوفاه .

---

(١) الابتهاج في شرح المنهاج (ق ٤/١٩٣) مخطوط ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٥٥) : (وهـٰذا هو المعتمد) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/٢٧٠) ، بحر المذهب (٩/٣٣٤) .

(٣) في الأصل : (المطروز) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٤/٦٣) ، و« أسنى المطالب » (٢/٤٢٩) ، والدروز : موضع غرز الإبرة .

(٤) في الأصل : (ببيت) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٢٩) .

خاتمة

[فيما يُستثنىٰ من مدَّة الإجارة المقدرة بالزمن وبعض المسائل]

زمن الطهارة والصلاة المكتوبة ولو جمعةً والراتبة . . مستثنىً في الإجارة لعمل مدَّةٍ ، فلا ينقص من الأجرة شيءٌ ، وعلى الأجير أن يخفِّف الصلاة مع إتمامها ، فلو صلىٰ ثم قال : (كنت محدثاً) . . قال القفَّال : (لا يمنعه من الإعادة ، لٰكن يسقط من الأجرة بقدر الصلاة الثانية ، ويمنعه من الثالثة ؛ لأنه متعنِّتٌ)[١]

ويُستثنَىٰ أيضاً : سبت اليهود إن اعتيد لهم ، وحكم النصارىٰ في يوم الأحد كذٰلك ؛ كما قاله الزركشي[٢] ، ولا يُلحَق بذٰلك بقية أعيادهما ؛ لعدم اشتهارها في عرف المسلمين .

* * *

ولو أكره بعض الرعية شخصاً علىٰ غسل ميتٍ . . لزمه أجرة المثل ، أو الإمام وللميت تركةٌ . . وجبت فيها ، وإلا . . ففي بيت المال إن وسع ، وإلا . . فلا شيء .

وللأب إيجار ابنه الصغير المميز لإسقاط نفقته عنه ، وله استئجاره كما يشتري ماله .

* * *

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٣٦) .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٣٦) .

ولو استأجر سفينةً فدخل فيها سمكٌ . . **ففيه وجهان** حكاهما ابن جماعة في [« فروقه »][1] : **أحدهما** : أنه للمستأجر ؛ لأنه ملك منافع السفينة ، ويده عليها ، فكان أحقَّ به .

والثاني : للمالك ؛ لأن هـٰذه ليست من المنافع التي تقع الإجارة عليها ، **والأول أوجَهُ**[2]

❋ ❋ ❋

(١) في الأصل (فروعه) ، والتصويب من « حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب » (٤٣٨/٢) .

(٢) الوسائل في فروق المسائل (ق/١٢١ ـ ١٢٢) مخطوط .

بابُ الجُعَالة

(باب) بيان (الجعالة) وحكمها

وهي ـ بتثليث الجيم ؛ كما قاله ابن مالك وغيره[1] ، واقتصر الجوهري وغيره علىٰ كسرها[2] ـ لغةً : اسمٌ لِمَا يُجعَل للإنسان علىٰ فعل شيءٍ ، وكذا الجعل والجعيلة .

وشرعاً : التزامُ عوضٍ معلومٍ علىٰ عملٍ معيَّنٍ معلومٍ أو مجهولٍ .

* * *

والأصل فيها قبل الإجماع : خبر الذي رقاه الصحابي بـ (الفاتحة) علىٰ قطيعٍ من الغنم ؛ كما في « الصحيحين » عن أبي سعيد الخدري[3] ، وهو

(١) إكمال الإعلام بتثليث الكلام (١/ ١٠) .

(٢) الصحاح (٤/ ١٣٥٧) ، مادة (جعل) .

(٣) صحيح البخاري (٢٢٧٦) واللفظ له ، صحيح مسلم (٢٢٠١) قال : انطلق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها ، حتىٰ نزلوا علىٰ حيٍّ من أحياء العرب ، فاستضافوهم ، فأبوا أن يضيفوهم ، فلُدِغ سَيِّد ذلك الحي ، فسعوا له بكل شيءٍ ، لا ينفعه شيءٌ ، فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا . . لعلَّه أن يكون عند بعضهم شيءٌ ، فأتوهم ، فقالوا : يا أيها الرهط ؛ إن سيدنا لُدِغ ، وسعينا له بكل شيءٍ ، لا ينفعه ، فهل عند أحد منكم من شيءٍ ؟ فقال بعضهم : نعم ـ والله ـ إني لأرقي ، ولكن ـ والله ـ لقد استضفناكم فلم تضيفونا ، فما أنا براقٍ لكم حتىٰ تجعلوا لنا جُعلاً ، فصالحوهم علىٰ قطيعٍ من الغنم ، فانطلق يَتفلُ عليه ، ويقرأ : (الحمد لله رب العالمين) فكأنما نشطَ من عِقال ، فانطلق يمشي وما به ←

وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ لِمَنْ عَمِلَ لَهُ عَمَلاً عِوَضاً ، فَيَقُولَ : (مَنْ بَنَىٰ لِي حَائِطاً ،

الراقي ؛ كما رواه الحاكم وقال : (صحيحٌ علىٰ شرط مسلمٍ)[1] ، **والقطيع** : ثلاثون رأساً من الغنم .

والحاجة قد تدعو إليها ، فجازت كالمضاربة والإجارة ، ويُؤخَذ من الحديث : أن للراقي أن يأخذ أجرةً علىٰ رقيته إن كان فيها كلفةٌ ؛ كقراءة (الفاتحة) ، قال الزركشي : ([ويستنبط منه جواز الجعالة علىٰ ما ينتفع به المريض من دواءٍ أو رقيةٍ]) ، قال : (ولم يذكروه)[2] .

* * *

وأركانها أربعةٌ : عملٌ ، وجعلٌ ، وصيغةٌ ، وعاقِدٌ .

وقد شرع في بيان ذٰلك فقال : (**وهو**) أي : عقد الجعالة (**أن يجعل**) مطلقُ التصرُّف مالكاً كان أو غيره (**لمن عمل له عملاً**) يجوز بذل الأجرة في مقابلته معيَّناً معلوماً ؛ كـ (من خاط لي هٰذا الثوب) ، أو مجهولاً عسُر علمه ؛ كـ (من / رَدَّ آبقي) : (**عوضاً**) معلوماً كالأجرة (**فيقول : من بنىٰ لي حائطاً**) ٤٨٨/ب

← قلبة ، قال : فأوفَوهم جُعْلَهم الذي صالحوهم عليه ، فقال بعضهم : اقسموا ، فقال الذي رقىٰ : لا تفعلوا حتىٰ نأتي النبي صلى الله عليه وسلم ، فنذكر له الذي كان ، فننظر ما يأمرنا ، فقدموا علىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكروا له ، فقال : « وما يدريك أنها رقية ؟ » ، ثم قال : « قد أصبتم ، اقسموا ، واضربوا لي معكم سهماً » ، فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(١) المستدرك على الصحيحين (١/٥٥٩) قال : (بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزاة أو سرية ، فمررنا علىٰ أهل أبيات فاستضفناهم ؛ فلم يضيفونا ، فنزلنا بأخرىٰ ، ولُدِغ سيدهم ، فأتونا فقالوا : هل أحد منكم يرقي ؟ فقلت : أنا راقٍ . . .) الحديث .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ق٣/١٣٦) مخطوط .

أَوْ : رَدَّ لِي آبِقاً . . فَلَهُ كَذَا) ، فَإِذَا عَمِلَ لَهُ ذَٰلِكَ . . ٱسْتَحَقَّ ٱلْجُعْلَ . . . . .

مثلاً (أو : ردَّ لي آبقاً . . فله كذا) أو : (إن رددته . . فلك كذا) ، أو : (رُدَّه ولك كذا) ، أو : (من ردَّ عبد فلانٍ . . فله كذا) ، واحتمل إبهام العامل ؛ لأنه ربَّما لا يهتدي القائل إلىٰ تعيين الراغب في ذٰلك .

* * *

(فإذا عمل له) من سمع النداء لا غيره (ذٰلك . . استحقَّ الجعل) على القائل ؛ لأنه الملتزم له ، حتىٰ لو قال أحد الشريكين : (من ردَّ عبدي . . فله كذا) فردَّه شريكه . . استحقَّ الجعل ، لا يقال : إنه يستحقُّ بالقسط ؛ لأن العبد مشتركٌ بينهما ؛ لأنَّا نقول : الشريك منزَّلٌ منزلة الأجنبي ، وهو يستحقُّ ذٰلك ، ولا فرق فيمن سمع بين أن يكون بواسطةٍ أم بدونها .

نعم ؛ إن قال : (إن ردَّ عبدي من سمع ندائي . . فله كذا) ، فردَّه من علم بندائه ولم يسمعه . . لم يستحقَّ شيئاً وإن عمل طامعاً ؛ كما قاله الماوردي [١] ، أما من لم يسمعه . . فلا يستحقُّ شيئاً ؛ لأنه متبرِّعٌ .

* * *

واستشكل ابن الرفعة قولهم : (من ردَّ عبدَ فلانٍ . . فله كذا) : بأنه لا يجوز لأحدٍ بهٰذا القول وضع يده على الآبق ، فكيف يستحقُّ الجعل ؟! [٢] وأُجيب : بأنه لا حاجة إلى الإذن في ذٰلك ؛ لأن المالك راضٍ به قطعاً ، أو بأن صورة ذٰلك : أن يأذن المالك لمن شاء في الردِّ .

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٤٦٥) .

(٢) كفاية النبيه (١١/٣٢٢) .

ولا يُشتَرَط القَبول لفظاً ؛ لِمَا فيه من التضييق في محلِّ الحاجة .

وعليه : قال القمولي : (لو قال لغيره : إن رددت عبدي فلك دينارٌ ، فقال : أردُّه بنصف دينارٍ . . **فالوجه** : القطع باستحقاق الدينار)[١]

وقد يشكل ذٰلك بما في « الروضة » و« أصلها » في (باب الخلع) من أنها لو قالت : (طلِّقني بألفٍ) فطلَّق بخمس مئةٍ . . فإنه يقع بخمس مئة[٢] ، **وقياسه** : أن يستحقَّ نصف الدينار .

وربَّما يجاب : بأن الخلع لَمَّا كان فيه شوب معاوضةٍ من جهة الزوج وقد رضي ببعض ما شُرِط له . . اعتُبِر .

❊

ولو ردَّه من أخبره ثقةٌ بالتزام المالك . . فلا شيء له على الثقة مطلقاً ، ولا على المالك إن كذَّبه ، بخلاف ما إذا صدَّقه . . فإنه يستحقُّ عليه ؛ عملاً بتصديقه ، أما غير الثقة . . فلا يستحقُّ عليه الرادُّ شيئاً ، ولا شيء على المالك وإن صدَّقه ؛ كما لو ردَّه غير عالمٍ بإذنه ، فإن أنكر المالك الخبر . . لم تُقبَل شهادة الثقة به عليه ؛ لأنه متَّهمٌ في ترويج قوله .

ولو قال : (إن ردَّه زيدٌ . . فله كذا) فردَّه عمرٌو أو زيدٌ قبل علمه بالالتزام . . لم يستحقَّ شيئاً ؛ لعدم اشتراط شيءٍ لعمرٍو ، وعدم سماع زيدٍ .

❊

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/ ٤٣٩) .

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٢٤٦) ، الشرح الكبير (٨/ ٤٠٨) .

وخرج بـ (**مطلق التصرُّف**) : الصبي [والمجنون] والمحجور عليه لسفهٍ ، فلا يصح التزامهم ، وأما العامل ؛ فإن كان معيَّناً . . اشتُرِط فيه أهلية العمل ، فيدخل فيه العبد ، وغير المكلَّف بإذنٍ وغيره ؛ كما قاله السبكي وغيره(١) ، خلافاً لابن الرفعة في العبد إذا لم يأذن له سيده(٢) .

ويخرج عنه العاجزُ عن العمل ؛ كصغيرٍ لا يقدر عليه ؛ لأن منفعته معدومةٌ ، فأشبه استئجار الأعمىٰ للحفظ ، قاله ابن العماد(٣) .

* * *

أما إذا كان مبهماً . . فيكفي علمه بالنداء ، قال الماوردي هنا :/(لو قال : من جاء بآبقي فله دينارٌ ، فمن جاء به . . استحقَّ ؛ من رجلٍ أو امرأةٍ أو صبيٍّ أو عبدٍ ، عاقلٍ أو مجنونٍ ، إذا سمع النداء أو علم به ؛ لدخولهم في عموم قوله : « من جاء »)(٤) ، **وهـٰذا هو المعتمد** ، خلافاً لِمَا قاله في (السير) من عدم استحقاق الصبي والعبد إذا قام به بغير إذن سيده(٥) . ١/٤٨٩

* * *

ولا يصح تأقيتها ؛ كما في القراض ؛ لأن تقدير المدَّة مخلٌّ بمقصود العقد ، فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ، ولا يحصل الغرض .

---

(١) انظر « تحرير الحاوي » (٢/٣٨٦) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٤/٣) مخطوط .

(٣) التعقبات على المهمات (ق ٢/١٩٦) مخطوط .

(٤) الحاوي الكبير (٩/٤٦٥) .

(٥) الحاوي الكبير (١٨/١٤٩) .

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْقَدَ عَلَىٰ عَمَلٍ مَجْهُولٍ . . . .

وهل يصح تعليقها أم لا ؟ لم أَرَ من تعرَّض له ، وقياسها على القراض يقتضي عدم الصحَّة[(١)]

* * *

(**ويجوز أن يعقد علىٰ عملٍ**) معيَّنٍ معلومٍ أو (**مجهولٍ**) عسُر علمه ـ كما مرَّ[(٢)] ـ للحاجة ؛ كما في عمل القراض ، أما ما لا يعسر . . فيُعتبَر ضبطه ؛ إذ لا حاجة إلى احتمال جهالة الجعالة ، ففي بناء حائطٍ يذكر موضعه وطوله وعرضه وارتفاعه وما يُبنَىٰ به ، وفي الخياطة يُعتبَر وصف الثوب والخياطة ، وسواء في العمل الواجب وغيره ، فلو حُبِس ظلماً فبذل مالاً لمن يتكلَّم في خلاصه بجاهه أو بغيره . . جاز ؛ كما نقله النووي في « فتاويه » عن جماعةٍ وإن كان هٰذا العمل فرض كفايةٍ[(٣)]

* * *

ولو سمع النداء والمطلوب في يده ، فردَّه وفي الردِّ كلفةٌ كالآبق . . استحقَّ الجعل ، وإلا . . فلا يستحقُّ شيئاً ؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يُقابَل بعوضٍ .

وشمل كلامهم : ما لو كان [المال][(٤)] في يده بجهةٍ توجب الردَّ ؛

---

(١) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٥٥٥) : (وهو ظاهرٌ وإن لم أَرَ من تعرَّض له) .

(٢) انظر ما تقدم (٥/٤٥٥) .

(٣) فتاوى النووي (ص ١٥٣) .

(٤) في الأصل : (المالك) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٤٠) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٥٦) .

وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ . . . .

كالغصب والعارية ، وقضيته : الاستحقاق بالردِّ إن كان فيه كلفةٌ ، وتعليلهم عدم استحقاق من دلَّ علىٰ ما في يده مع جَعْل الجعل لمن دلَّ عليه : بأن ما فعله واجبٌ عليه شرعاً . . يقتضي خلافه ، وهـٰذا هو الظاهر ؛ كما استظهره بعض المتأخرين .

* * *

ولو جعل لمن أخبره بكذا جعلاً . . فلا شيء لمن أخبره به ، إلا إن تعب وصدَق ، وكان للمستخبر غرضٌ في المُخبَر به ؛ كما صرَّح به الرافعي [١] .

[ما يُشترَط في جعل الجعالة]

(ولا يجوز) عقد الجعالة ولا يصح (إلا بعوضٍ معلومٍ) كالأجرة في الإجارة ، ولأنه لا حاجة إلىٰ جهالته ، بخلاف العمل والعامل ، فلو كان مجهولاً ؛ كثوبٍ أو عبدٍ ، أو [قال] : (أُرْضِيه) ، أو نجساً كخمر ، أو لم يقدر علىٰ تسليمه ؛ كمغصوبٍ . . فأجرة المثل كالإجارة الفاسدة .

ويُستثنَىٰ من ذٰلك : مسألة العلج ، وستأتي في (السير) [٢] .

ولو قال : (حج عنِّي وأعطيك نفقتك) . . جاز مع جهالتها ، وفي كون ذٰلك جعالةً نزاعٌ .

ولو وصف الجعل بما يفيد العلم . . استحقَّه ؛ كما جزم به في « الأنوار » [٣] ،

---

(١) الشرح الكبير (٦/٢٠٤) .

(٢) انظر ما سيأتي (٩/٥٠٦) .

(٣) الأنوار لأعمال الأبرار (٢/١٧٦) .

ونقله في « أصل الروضة » عن المتولي [1] ، خلافاً لِمَا قاله الإسنوي من قياس الجعالة على البيع والإجارة في أن الشيء المعيَّن لا يغني وصفه عن رؤيته ، وفرق : بأن تلك العقود لازمةٌ ، بخلاف الجعالة ، فاحتيط لها ما لم يحتط للجعالة [2] .

❊ ❊

ولو قال : (من ردَّ عبدي . . فله ربعه مثلاً) . . استحقَّ المشروط إن علمه ، وإلا . . فأجرة المثل .

والاعتبار في أجرة المثل : بالزمان الذي حصل فيه كلُّ العمل ، لا بالزمن الذي حصل فيه التسليم ؛ كما قالوه في (المسابقة) .

❊ ❊

٤٨٩/ب ولو قال :/(من ردَّ عبدي من بلد كذا . . فله دينارٌ) فردَّه مِن أقرب منه . . فله قسطه من الجعل مع اعتبار السهولة والصعوبة ؛ لأن كلَّ الجعل في مقابلة العمل فبعضُه في مقابلة البعض ، ولو ردَّهُ من أبعد . . فلا زيادة له ؛ لعدم التزامها ، أو من مثله من جهةٍ أخرىٰ . . فله كل الجعل ؛ كما صحَّحه الخوارزمي [3] ؛ لحصول الغرض .

ولو قال : (من ردَّ العبدَينِ من بلد كذا . . فله دينارٌ) فردَّهما سامعٌ من

---

(١) روضة الطالبين (٤/٩١) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/١٩٩) .
(٢) المهمات (٦/١٩٧ ـ ١٩٨) .
(٣) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/١٧٢) مخطوط .

وَيَجُوزُ لَهُمَا ٱلْفَسْخُ قَبْلَ ٱلْعَمَلِ ، وَأَمَّا بَعْدَ ٱلشُّرُوعِ . . فَيَجُوزُ لِلْعَامِلِ ٱلرُّجُوعُ . . . .

نصف المسافة المتساوية سهولةً وصعوبةً ، أو ردَّ أحدهما من جميعها . . استحقَّ النصف ؛ عملاً بالتوزيع على العمل .

أو قال لاثنين : (إن رددتما العبدَينِ . . فلكما كذا) فردَّهما واحدٌ منهما . . فله النصف ، أو ردَّ أحدهما واحداً من العبدين . . فله الربع فيهما ، فلو ردَّ العبدين من مكانٍ أبعد ممَّا عيَّن . . فالزائد هدرٌ .

[الفسخ قبل العمل أو بعد الشروع فيه]

(**ويجوز لهما الفسخ قبل العمل**) لعدم لزومها حينئذٍ ، أمَّا من جهة الجاعل . . فلأنها تعليق استحقاقٍ بشرطٍ كالوصيَّة ، وأما من جهة العامل . . فلأن العمل فيها مجهولٌ كالقراض ، أما بعده . . فلازمةٌ .

(**وأما بعد الشروع**) وقبل الفراغ . . (**فيجوز للعامل الرجوع**) لِمَا مرَّ ، ولا شيء له من الجعل في المسألتَينِ ؛ لأنه لم يعمل في الأولىٰ شيئاً ، ولم يحصل غرض المالك في الثانية ، سواء أوقع ما عمله مُسلَّماً أم لا ؛ كما جزم به ابن الرفعة [١]

نعم ؛ لو زاد المالك في العمل ولم يرضَ العامل بالزيادة ، ففسخ لذٰلك . . فله أجرة المثل ؛ لأن المالك هو الذي ألجأه لذٰلك ، وقول الإسنوي : (وقياسه

---

(١) كفاية النبيه (١١/٣٢٥) .

وَلَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ ٱلْعَمَلِ إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَضْمَنَ لِلْعَامِلِ أُجْرَةَ مَا عَمِلَ . . . . .

كذلك : إذا نقص من الجعل)[1] . . لا يصح وإن كان يستحقُّ أجرة المثل ؛ لأن النقص فسخٌ من المالك لا من العامل .

* * *

(**ولا يجوز لصاحب العمل**) الرجوع (**إلا بعد أن يضمن للعامل أجرة ما عمل**) هـٰذه عبارة معظم الأصحاب ، وبعضهم يقول : (حتىٰ يعطيه أجرته) ، وبعضهم يقول : (له الفسخ ، ويلزمه أجرة المثل) ، وهـٰذا هو المراد من العبارتَينِ الأوليَينِ .

وإنَّما استحقَّ أجرة المثل ؛ لئلا يحبط سعيه بفسخ غيره ، وإنَّما لم يجب قسط ما عمل من المسمَّىٰ ؛ لارتفاع العقد بالفسخ ؛ لأنه إنَّما يستحقُّ [المسمَّىٰ][2] بالفراغ من العمل ، فكذا بعضه ، وإنَّما استحقَّ أجرة المثل ؛ لِمَا مرَّ .

واستُشكِل لزوم أجرة المثل : بما لو مات المالك في أثناء المدَّة ؛ حيث تنفسخ ويجب القسط من المسمَّىٰ ، وأيُّ فرقٍ بين الفسخ والانفساخ ؟!

وأُجيب : بأن العامل ثَمَّ تمَّم العمل بعد الانفساخ ولم يمنعه المالك منه ، بخلافه هنا .

*

ولو فسخ الملتزم والعامل معاً بعد الشروع . . فهل يغلب جانب العامل فلا

---

(١) المهمات (٦/١٩٩) .

(٢) في الأصل : (بالمسمىٰ) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٤٢) .

يستحقُّ شيئاً ، أو الملتزم فله أجرة المثل ؟ **لم أرَ من تعرَّض لذٰلك** ، وينبغي عدم الاستحقاق ؛ لاجتماع المقتضي والمانع .

ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ ولو جاهلاً به . . لم يستحقَّ لذٰلك شيئاً [١] .

ولو أعتق المالك رقيقه قبل ردِّه . . قال ابن الرفعة : (**يظهر أن يقال** : لا أجرة /للعامل إذا ردَّه بعد العتق وإن لم يعلم ؛ لحصول الرجوع ضمناً) [٢] ؛ أي : فلا أجرة لعمله بعد العتق ؛ تنزيلاً لإعتاقه منزلة فسخه . ١/٤٩٠

* * *

وتنفسخ أيضاً بموت أحد المتعاقدَينِ ، وبجنونه ، وإغمائه ، فلو مات المالك بعد الشروع في العمل فردَّه إلىٰ وارثه . . وجب قسط ما عمله في الحياة من المسمَّىٰ .

قال الماوردي : (ولو مات العامل فردَّه وارثه . . استحقَّ القسط أيضاً) [٣] ، وهٰذا إذا كان العامل معيَّناً ، أما غير المعيَّن . . فيستحقُّ الجميع بعمله وعمل مورِّثه ؛ كما لو ردَّه اثنان [٤] .

* * *

---

(١) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٥٥٩) (قال في « أصل الروضة » : لم يستحقَّ شيئاً إن علم بالفسخ ، فإن لم يعلم . . بُنِي على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه . انتهىٰ ، وقضية البناء : عدم الاستحقاق ، وهو المعتمد ؛ كما جزم به ابن المقري . . .) إلىٰ آخره .

(٢) المطلب العالي (ق ٩/١٤) مخطوط .

(٣) الحاوي الكبير (٤٦٧/٩) .

(٤) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بحرم سيد الأنام صلى الله عليه وسلم) .

وَإِنِ ٱشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي ٱلْعَمَلِ . . ٱشْتَرَكُوا فِي ٱلْجُعْلِ . . . .

(وإن اشترك جماعةٌ في العمل . . اشتركوا في الجعل) لاشتراكهم في السبب ، ويُقسَم بينهم بالسوية وإن تفاوتت أُجَرهم ؛ لأن العمل في أصله مجهولٌ ، فلا يمكن رعاية مقداره في التقسيط .

ولو قال : (من حجَّ عنِّي . . فله دينارٌ) فحجَّ عنه اثنان . . استحقَّ السابق ؛ فإن حجَّا معاً . . لم يستحقَّ واحدٌ منهما شيئاً ؛ لأن أحدهما ليس أَولىٰ من الآخر ؛ كالوليَّينِ في عقد النكاح .

* * *

ولو قال لزيدٍ : (ردَّه ولك كذا) ، فأعانه [آخر] . . فالكل لزيدٍ ؛ فقد يحتاج للمعاونة ، وغرض الملتزم العمل بأيِّ وجهٍ أمكن ، فلا يُحمَل علىٰ قصر العمل على المخاطب ، ويجوز له أن يستعين بغيره إذا لم يكن العامل معيَّناً وإن لم يعجز ؛ لأنَّ الجعالة خُفِّف فيها ، وإن كان معيَّناً . . فهو كالوكيل ، فيجوز أن يستعين به فيما يعجز عنه أو لا يليق به ؛ كما يوكِّل فيه .

* * *

وتوكيل غير المعيَّن بعد سماعه النداء غيره . . كالتوكيل في الاحتطاب ونحوه فيجوز .

ولا شيء للمعاون إلا إذا التزم له زيدٌ أجرةً . . فيستحقُّها ، فإن عمل المعاون لنفسه أو للمالك أو أطلق ؛ كما بحثه بعضهم . . فلا شيء للعامل ، ولزيدٍ النصف إن استويا عملاً .

ولو شاركه اثنان في الردِّ ؛ فإن قصدا إعانته . . فله تمام الجعل ، أو العمل للمالك . . فله ثلثه ، أو واحدٌ إعانتَه ، والآخر العملَ للمالك . . فله ثلثاه .

وإن قال : (أول من يردُّ عبدي . . فله دينارٌ) فردَّه اثنان . . اقتسماه ، وإن قال لكلٍ من ثلاثةٍ : (رُدَّه ولك دينارٌ) فردُّوه . . فلكلٍّ منهم ثلثه .

هـٰذا ـ كما قال المسعودي ـ إذا عمل كلٌّ منهم لنفسه ، أما لو قال أحدهم : (أعنتُ صاحبيَّ) . . فلا شيء له ، ولكلٍّ منهما نصفه ، أو اثنان منهم : (أعنَّا صاحبنا) . . فلا شيء لهما ، وله جميعه ، فإن شاركهم رابعٌ . . فلا شيء له [1] .

وإن كان قصدَ المالكَ بالعمل ، أو قصدَ أخذَ الجعل منه . . فلكلٍّ من الثلاثة ربعه ، فإن أعان أحدهم . . فللذي عاونه النصف ، وللآخَرينِ النصف لكلٍّ منهما الربع ، أو أعان اثنين منهم . . فلكلٍّ منهما ربعه وثمنه ، وللثالث ربعه [2] ، وإن أعانَ الجميع . . فلكلٍّ منهم الثلث ؛ كما لو لم يكن معهم غيرهم .

فإن شرط المالك لأحدهم جعلاً مجهولاً كثوبٍ ، وللآخرين ديناراً . . استحقَّ [ثلث] أجرة المثل ، ولهما ثلثا / المسمَّىٰ . ٤٩٠/ب

[حكم الزيادة والنقص في الجعل وتغيير جنسه]

ولو زاد المالك أو نقص في الجعل ، أو غيَّر جنسه قبل الشروع في العمل ، وسمعه العامل . . اعتُبِر النداء الأخير ، فللعامل ما ذُكِر فيه ، فلو لم يسمعه العامل ، أو كان بعد الشروع في العمل وقبل الفراغ منه ، وتمَّم العمل وقد سمع الأول

---

(١) انظر « الشرح الكبير » (٢٠١/٦) .

(٢) في الأصل : (وللثالث ربعه وثمنه وللثالث ربعه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤٤٢/٢) .

أيضاً . . وجب له أجرة المثل لجميع العمل في الأولىٰ ، ولعمله قبل النداء الثاني [في الثانية] ؛ لأن النداء الثاني فسخٌ للأول ، والفسخ من المالك في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلىٰ أجرة المثل ، أما ما عمله بعده . . ففيه قسطه من مسمَّاه ، ولا ينافيه ما مرَّ من أنه لو عمل شيئاً بعد الفسخ . . لا شيء له ؛ لأن ذٰلك فيما إذا فسخ بلا بدلٍ ، بخلاف هٰذا ، فلو عمل من سمع النداء الأول خاصَّةً ومن سمع الثاني . . استحقَّ الأول نصف أجرة المثل ، والثاني نصف المسمَّى الثاني .

* * *

ولو هرب الآبق من العامل قبل تسليمه لمالكه ولو في داره ، أو مات بغير قتل المالك . . فلا شيء له وإن حضر الآبق بعد ذٰلك ؛ لأنه لم يرده ، بخلاف ما لو اكترىٰ من يحجُّ عنه فأتىٰ ببعض الأعمال ومات ؛ حيث يستحقُّ من الأجرة بقدر ما عمل ؛ **لأن المقصود من الحج** : الثواب ، وقد حصل ببعض العمل ، وهنا لم يحصل شيءٌ من المقصود .

أما إذا قتله المالك . . فيستحقُّ القسط ؛ كما لو فسخ .

* *

ولو خاط له نصف ثوبٍ فاحترق أو تركه ، أو بنىٰ بعض حائطٍ فانهدم أو تركه . . فلا شيء له إذا لم يقع العمل مُسلَّماً ، وإلا . . فله أجرة ما عمل بقسطه من المسمَّىٰ ؛ كما لو مات الصبي في أثناء التعليم ؛ لوقوعه مسلَّماً بالتعليم مع ظهور أثر العمل على المحلِّ ، ولا يشكل هٰذا بما تقدَّم في الفسخ من أنه لا يستحقُّ مطلقاً ؛ لأن التقصير بالفسخ جاء من جهته مع تمكُّنه من تمام العمل ، بخلاف ما هنا .

وَمَنْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ شَيْئاً مِنْ ذَٰلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . . لَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَيْهِ ٱلْأُجْرَةَ . . . .

ولو لم يتعلَّم الصبي لبلادته . . لم يستحقَّ العامل شيئاً ؛ لِمَا مرَّ .

ولو منعه أبوه من تمام التعليم ، أو المالك من تمام العمل . . وجب له أجرة المثل لِمَا عمله ؛ لأن المنع فسخٌ أو كالفسخ .

ولا يحبس الآبق لاستيفاء الجعل ، ولا لِمَا أنفقه عليه ؛ لأنه إنَّما يستحقُّه بالتسليم .

* * *

(**ومن عمل لغيره شيئاً من ذٰلك من غير شرطٍ**) ولا إذنٍ من المالك . . (**لم يستحقَّ عليه الأجرة**) وإن جرت عادته بالأجرة[1] ؛ لأنه بذل المنفعة من غير عوضٍ ، ويصير ضامناً للآبق بوضع يده عليه ، أما إذا أذنَ في العمل ولم يذكر جعلاً . . فسيأتي .

قال الزركشي : (ولو تولَّىٰ وظيفةً وأُكرِه علىٰ عدم مباشرتها . . أفتى الشيخ تاج الدين الفزاري باستحقاقه المعلوم ، **والظاهر** خلافه ؛ لأنها جعالةٌ ، وهو لم يباشرها) انتهىٰ[2] ، **والظاهر** : ما أفتىٰ به الشيخ المذكور[3] ، ووافقه شيخنا الشهاب الرملي[4] .

---

(١) أي : بفعل ذٰلك بالأجرة .

(٢) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/١٤٣) مخطوط .

(٣) انظر « تكملة كافي المحتاج » (ق ٣/١٤٣) مخطوط .

(٤) فتاوى الشهاب الرملي (٣/٢٠٨ ـ ٢٠٩) .

وَإِنْ قَالَ ٱلْعَامِلُ : (شَرَطْتَ لِي عِوَضاً) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱلْمَعْمُولِ لَهُ ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ . . تَحَالَفَا . وَإِنْ أَمَرَ غَسَّالاً بِغَسْلِ ثَوْبٍ وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ شَيْئاً ، فَغَسَلَ . . . .

[اختلاف المالك والعامل]

(**وإن قال العامل : شرطتَ لي عوضاً . . فالقول قول المعمول له**) بيمينه إذا أنكر شرط العوض ؛/ **لأن الأصل** : عدمه ، وكذا يُصدَّق فيما لو قال : (شرطتُه علىٰ عبدٍ آخر) ، أو أنكر سعي الطالب له في ردِّ الآبق ؛ بأن قال العامل : (رددته) ، وقال المالك : (بل جاء بنفسه) ، أو : (ردَّه غيرك) **لأن الأصل** : عدمهما[1]

1/491

ولو اختلفا في بلوغه النداء . . فالقول قول الرادِّ بيمينه ؛ كما لو اختلفا في سماع ندائه .

❊

(**وإن اختلفا في قدره**) أي : المشروط ؛ ككونه درهماً أو درهمَينِ ، أو في كونه علىٰ ردِّ عبدٍ أو عبدَينِ وقد ردَّ أحدهما . . (**تحالفا**) وفسخ العقد ، ووجب للعامل أجرة المثل ؛ كما لو اختلفا في الإجارة .

وصورة ذٰلك : أن يقع الاختلاف بعد فراغ العمل والتسليم ، وقد يتصوَّر قبل الفراغ فيما إذا وجب للعامل قسط ما عمله .

(**وإن أمر غسَّالاً**) أي : أذن له (**بغسل ثوبٍ**) أو دفع ثوباً إلىٰ قصَّارٍ ليقصره ، أو خيَّاط ليخيطه (**ولم يسمِّ له شيئاً ، فغسل**) أو قصر أو خاط . .

---

(١) أي : الشرط والرد .

لَمْ يَسْتَحِقَّ ٱلْأُجْرَةَ ، وَقِيلَ : يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ ٱلْمِثْلِ .

(**لم يستحقَّ الأجرة**) ولو كان معروفاً بذٰلك العمل ؛ لعدم التزامها ؛ كما لو قال : (أطعمني) فأطعمه . . فإنه لا ضمان عليه ، والثوب في يده أمانةٌ .

(**وقيل : يستحقُّ أجرة المثل**) لاستهلاك الدافع عمله .

وقيل : إن كان معروفاً بذٰلك العمل بالأجرة . . فله أجرة المثل ، وإلا . . فلا أجرة له ، قال الشيخان : (وقد يستحسن هٰذا ؛ [للعمل] [١] فيه بالعادة) [٢]

والأشبه ـ كما قال الأذرعي ـ : **أن عدم استحقاقه الأجرة محلُّه** : إذا كان حرّاً مكلَّفاً مطلق التصرُّف ، فلو كان عبداً أو محجوراً عليه بسفهٍ أو نحوه . . استحقَّها ؛ إذ ليسوا من أهل التبرُّع بمنافعهم المقابلة [بالأعواض] [٣]

* * *

واستُثني عامل المساقاة إذا عمل ما ليس من أعمالها بإذن المالك . . فإنه يستحقُّ الأجرة ؛ أي : لأنَّ عمله تابعٌ لِمَا فيه أجرة ، وأمَّا عامل الزكاة . . فإن الأجرة ثابتةٌ له بنصِّ القرآن ، فهي مسمَّاةٌ شرعاً وإن لم يُسمِّها الإمام حين بعثه .

* * *

وداخل الحمَّام بلا إذنٍ تلزمه الأجرة وإن لم يجرِ لها ذكرٌ ؛ لأن الغسَّال ونحوه صرف منفعته لغيره ، والداخل للحمَّام استوفىٰ منفعة الحمَّام بسكونه فيه ، فإن

---

(١) في الأصل : (العمل) ، والتصويب من « كنز الراغبين » .

(٢) الشرح الكبير (٦/١٥١) ، روضة الطالبين (٤/٥٧) ، وانظر « كنز الراغبين » (٣/١١٣) .

(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٢٦) ، وفي الأصل : (بالأغراض) ، والتصويب من « أسنى المطالب » .

أذنَ له الحمَّامي في الدخول . . فهو فيه كالأجير ؛ كما قالوا به فيمن دخل سفينةً بإذن صاحبها حتىٰ أتى الساحل ، وبذٰلك صرَّح الرافعي في « الشرح الصغير »[(١)]

وصرَّح « أصل الروضة » في مسألة السفينة بأنه إذا دخلها بلا إذنٍ . . لزمته الأجرة[(٢)] ، قال في « المطلب » : (ولعلَّه فيما إذا لم يعلم به مالكها حين سيَّرها ، وإلا . . فيشبه أن يكون كما لو وضع متاعه علىٰ دابة غيره فسيَّرها مالكها . . فإنه لا أجرة علىٰ مالكه ولا ضمان)[(٣)]

* * *

ولو قال لمن ذُكِر ؛ من غسَّالٍ أو نحوه : (افعل ذٰلك وأنا أُرضيك) ، أو : (لا ترىٰ منِّي إلا ما يَسُرك) ، أو : (حتىٰ أحاسبك) ، أو : (لا يضيع حقُّك) أو نحو ذٰلك ، ففعل . . استحقَّ أجرة المثل .

خاتمة

[في كون يد العامل يد أمانة]

يد العامل يد أمانةٍ ، فإن خلَّاه بتفريطٍ . . ضمن لتقصيره ، وإن أنفق عليه مدَّةَ الرجوع . . فمتبرِّعٌ ، إلا أن يأذن له الحاكم ، أو يُشْهِد عند فَقْده ليرجع .

*

(١) الشرح الصغير (ق ٤/٨٨) مخطوط .

(٢) روضة الطالبين (٤/٥٧) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/١٥١) .

(٣) المطلب العالي (ق١٣/١٨٣) مخطوط .

ومن / وجد مريضاً عاجزاً عن السير أو مغشياً عليه ببادية أو نحوها . . لزمه المقام معه إن لم يخف علىٰ نفسه أو نحوه ، وإلا . . فلا يلزمه ، فإن أقام معه . . فلا أجرة له . ٤٩١/ب

ولو مات من ذُكِرَ . . لزمه إن كان أميناً حمل ماله إلىٰ ورثته ، وإلا . . لم يلزمه ، ويجوز له ، ولا يضمنه في الحالَينِ لو تركه .

* * *

ولو سرق الآبق . . قُطِع كغيره ، ويحفظه الحاكم إذا وجده ؛ انتظاراً لسيده ، فإن أبطأ سيده . . باعه الحاكم ، وحفظ ثمنه ، فإذا جاء سيده . . فليس له غير الثمن .

* * *

باب المسابقة

ٱلْمُسَابَقَةُ . . . .

(باب) بيان (المسابقة)

وحكمها على الخيل والسهام ونحوهما

فالمسابقة تعمُّ المناضلة ، قال الأزهري : (النضال في الرمي ، والرهان في الخيل ، والسباق فيهما)[١]

(المسابقة) لقصد الجهاد سنَّةٌ للرجال للإجماع ، ولقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ . . . ﴾ الآية[٢] ، وفسَّر النبي صلى الله عليه وسلم القوَّة فيها بالرمي ؛ كما رواه مسلمٌ[٣]

وخبرِ أنسٍ : كانت العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تُسبَق ، فجاء أعرابيٌّ علىٰ قَعودٍ له فسبقها ، فشقَّ ذٰلك على المسلمين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنَّ حقّاً على الله ألَّا يرفع شيئاً من هـٰذه الدنيا إلا وضعه »[٤]

---

(١) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص ٢٦٣) .

(٢) سورة الأنفال : (٦٠) .

(٣) صحيح مسلم (١٩١٧) عن سيدنا عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على المنبر يقول : « ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ ﴾ [الأنفال : ٦٠] ، أَلَا إن القوة الرمي ، أَلَا إن القوة الرمي ، أَلَا إن القوة الرمي » .

(٤) أخرجه البخاري (٦٥٠١) ، وابن حبان (٧٠٣) ، وأبو داوود (٤٧٦٩) .

عَلَىٰ عِوَضٍ كَٱلْإِجَارَةِ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ . . . .

وخبرِ : « لا سبْق إلا في خفٍّ أو حافرٍ أو نصلٍ » رواه الترمذي وحسَّنه ، وابن ماجه وصحَّحه[١] ، يُروَىٰ (سبْق) بسكون الموحدة مصدراً ، وبفتحها : المال الذي يدفع إلى السابق .

* * *

فإن قصد بها غير الجهاد . . قال الماوردي : (فمباحةٌ)[٢] ؛ أي : إذا لم يقترن بها قصدٌ محرَّمٌ ؛ كقطع طريقٍ ، فإن اقترن بها . . صارت حراماً .

ويُكرَه لمن علم الرمي تركُه كراهةً شديدةً ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « من علم الرمي ثم تركه . . فليس منَّا » أو : « قد عصىٰ » رواه مسلمٌ عن عقبة بن عامر[٣] .

* * *

وهي (**علىٰ عوضٍ كالإجارة في أحد القولين**) وهو **الأظهر** ، فلا بدَّ أن يكون معلوماً ؛ كما سيأتي .

وليس للولي صرف مالِ صبيٍّ في المسابقة والمناضلة وإن استفاد [بهما][٤] التعلُّم ، قال الأذرعي وغيره : (وينبغي الجواز فيما إذا كان من أولاد المرتزقة وقد راهق ، لا سيما إذا كان قد أُثبِت اسمه في الديوان ، وكذا السفيه البالغ ؛ لِمَا فيه من المصلحة)[٥] .

---

(١) سنن الترمذي (١٧٠٠) ، سنن ابن ماجه (٣٠١٠) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .
(٢) الحاوي الكبير (١٩/٢١٤) .
(٣) صحيح مسلم (١٩١٩) .
(٤) في الأصل : (بها) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٤/٤٢٩) .
(٥) قوت المحتاج (١٠/٢٠٨) .

وَيَصِحُّ مِمَّنْ تَصِحُّ مِنْهُ ٱلْإِجَارَةُ ، وَلَا يَجُوزُ فَسْخُهَا بَعْدَ لُزُومِهَا ، وَلَا ٱلزِّيَادَةُ فِيهَا ، وَلَا ٱلْاِمْتِنَاعُ مِنْ إِتْمَامِهَا ، وَحُكْمُهَا فِي خِيَارِ ٱلشَّرْطِ وَخِيَارِ ٱلْمَجْلِسِ . . حُكْمُ ٱلْإِجَارَةِ . . . .

(**ويصح**) العوض (**ممَّن تصح منه الإجارة**) **فيُشترَط في مُخرج المال** : إطلاق التصرُّف ؛ كما قال البلقيني : (إنه مقتضى القواعد) ، قال : (**والأرجح** : اعتبار إسلام المتعاقدَينِ **ولم أَرَ من ذكره**)(١)

* * *

(**و**) **عقدُها بعوضٍ مع إيجابٍ وقَبولٍ . . لازمٌ في حقِّ ملتزم العوض ولو من غير المتسابقَينِ ، فعلىٰ هـٰذا** : (**لا يجوز فسخها**) منه (**بعد لزومها ، ولا الزيادة فيها**) أي : في عملها ، ولا النقص فيه ولا في العوض بموافقة الآخر ، (**ولا الامتناع من إتمامها**) أي : ولا ترك العمل قبل الشروع فيه ولا بعده إن

٤٩٢/أ كان مسبوقاً أو سابقاً وأمكن أن يدركه الآخر ويسبقه ،/ وإلا . . فله تركه ؛ لأنه ترك حقَّ نفسه .

* *

(**وحكمها في خيار الشرط وخيار المجلس . . حكمُ الإجارة**) فلا يثبتان فيها كما لا يثبتان في الإجارة ؛ كما مرَّ(٢) ، ولا يجوز عقدها إلا معجَّلاً أو مطلقاً ، فإن عقد علىٰ أن يجري بعد شهرٍ أو يومٍ . . لم يصح كالبيع ، فإن عقد معجَّلاً أو مطلقاً ، ثم تأخَّر . . جاز كالإجارة ، قاله في « الاستقصاء » .

---

(١) تصحيح المنهاج (ق٣/ ١٧٠) مخطوط .

(٢) انظر ما تقدم (٥/ ٣٨٦) .

وَيَجُوزُ أَخْذُ ٱلرَّهْنِ وَٱلضَّمِينِ فِيهَا . وَكَٱلْجِعَالَةِ فِي ٱلْقَوْلِ ٱلْآخَرِ ؛ فَيَجُوزُ فَسْخُهَا ، وَٱلزِّيَادَةُ فِيهَا ، وَٱلِٱمْتِنَاعُ مِنْ إِتْمَامِهَا ، وَيَفْسَخُهَا مَتَىٰ شَاءَ ، وَلَا يَأْخُذُ فِيهَا ٱلرَّهْنَ وَٱلضَّمِينَ . وَيَجُوزُ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلرَّمْيِ بِٱلنُّشَّابِ . . . .

(**ويجوز أخذ الرهن والضمين فيها**) كالإجارة ؛ أي : إذا كان ذٰلك في الذمَّة ، سواء أكان ذٰلك قبل الشروع في المسابقة أم بعده .

* * *

(**وكالجعالة في القول الآخر**) لأن العوض يبذل فيها[1] (**فيجوز**) علىٰ هٰذا (**فسخها والزيادة**) والنقصان (**فيها ، والامتناع من إتمامها ، ويفسخها متىٰ شاء**) ولو بعد الشروع (**ولا يأخذ فيها الرهن والضمين**) لأن هٰذه أحكام الجعالة .

أما إذا عقدها بلا عوضٍ . . فجائزةٌ جزماً ، وأما غير الملتزم . . فهي جائزةٌ في حقِّه قطعاً ، وقيل : على الخلاف ، ولا تصح بغير إيجابٍ وقَبولٍ كالإجارة .

[ما تجوز المسابقة عليه]

(**ويجوز ذٰلك**) أي : العقد بعوضٍ (**على الرمي**) بأنواع القِسيِّ و(**بالنشَّاب**) وهو ما يُرمَىٰ به عن القسيِّ الفارسية[2] ، و[بسائر][3] السهام

---

(١) أي : في مقابلة ما لا يُوثَق به . انظر « مغني المحتاج » (٤/٤٢١) .

(٢) وقوله : (النشاب) ضبطه [الدزماري] في « شرحه للكتاب » بكسر النون . « ق ن » [أي : « هادي النبيه » (ق ١/١٦٦) مخطوط] . هامش ، والمشهور فيه : ضبطه بالضم . انظر « تاج العروس » (٤/٢٦٧) ، مادة (نشب) .

(٣) في الأصل : (لسائر) ، والتصويب من سياق عبارة « مغني المحتاج » (٤/٤٢٠) .

وَٱلرِّمَاحِ وَٱلزَّانَاتِ ، وَمَا أَشْبَهَهَا مِنْ آلَةِ ٱلْحَرْبِ . . . .

ولو بمسلَّاتٍ وإبرٍ (**والرماح**) والمزاريق ـ جمع مِزراق بكسر الميم ـ وهي : الرماح القصيرة (**والزانات**) بالزاي والنون ؛ وهي : التي لها رأسٌ دقيقٌ وحديدتها عريضةٌ تكون مع الديلم ـ وهم جيلٌ من الناس ؛ كما في « الصحاح »[1] ـ وذٰلك لأنها أسلحةٌ يُرمَىٰ بها ويُبتغَىٰ بها الإصابة ؛ كالسهام (**وما أشبهها**) أي : المذكورات (**من آلة الحرب**) فيصح علىٰ كل نافعٍ في الحرب ؛ كرمي الحجر باليد والمقلاع والمنجنيق ، والتردُّد بالسيوف والرماح ؛ لأن ذٰلك ينفع في الحرب ، ويحتاج إلىٰ معرفةٍ وحذقٍ ، بخلاف ما لا ينفع فيه ؛ كلعب شطرنجٍ وكرة صَولَجان بفتح الصاد واللام ؛ وهو : المحجن ، ورميٍ ببندقٍ ؛ يُرمىٰ به إلىٰ حفرةٍ أو نحوها ، ووقوفٍ علىٰ رِجْلٍ ، ومعرفة ما في يدٍ من شفعٍ ووترٍ ، وسباحةٍ في الماء ؛ لأنها ليست من آلات القتال ، ويجوز ذٰلك بلا عوضٍ ؛ كما سيأتي[2] .

أما الرمي بالبندق علىٰ قوسٍ . . **فالمنقول في « الحاوي »** : أنه يجوز[3] ، **وهو المعتمد** وإن كان ظاهر كلام « الروضة » كـ « أصلها » خلافه[4] ، بل قال الزركشي : (**وقضية كلامهم** : أنه لا خلاف فيه) قال : (وهو أقرب)[5] .

❋

(١) الصحاح (٤/١٥٥٩) ، مادة (دلم) .

(٢) انظر ما سيأتي قريباً (٥/٤٨٠) .

(٣) الحاوي الكبير (١٩/٢٧٨) .

(٤) روضة الطالبين (٧/٧٣) ، الشرح الكبير (١٢/١٧٧) .

(٥) خادم الرافعي والروضة (ق ١٥/١٦١) مخطوط .

وَتَجُوزُ عَلَى ٱلْخَيْلِ وَٱلْإِبِلِ ، وَفِي ٱلْحِمَارِ وَٱلْبَغْلِ قَوْلَانِ ، وَفِي ٱلْفِيلِ وَجْهَانِ . . . .

(**وتجوز**) المسابقة ولو بعوضٍ (**على الخيل والإبل**) المركوبة ؛ لخبر الترمذي السابق [١] ، ولأنها التي يُقاتَل عليها غالباً ، وتصلح للكرِّ والفرِّ بصفة الكمال ، **ويفارق ذلك عدم استحقاق راكب الإبل السهم الزائد** : بأن استحقاقه منوط بزيادة المنفعة ، وهي في الخيل ؛ من الانعطاف وسرعة الإقدام أكثر منها في الإبل ، أما غير المركوبة كالصغير . . فلا تصح المسابقة عليه .

(**وفي الحمار والبغل قولان**) **أظهرهما** : الصحَّة ؛ لخبر : « لا سبق إلا في خفٍّ أو حافرٍ أو نصلٍ » رواه الأربعة ، وحسَّنه الترمذي ، وصحَّحه ابن حبان [٢]

والثاني : قصر الخبر على الإبل والخيل ؛ لأنها المُقاتَل عليها/ كما مرَّ ، ٤٩٢/ب
وسابق رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخيل [٣]

(**وفي الفيل وجهان**) **أصحُّهما** : الصحَّة ، وتوجيهه ومقابله ما مرَّ ،

---

(١) تقدم ذكره وتخريجه قريباً (٥/٤٧٤) .

(٢) صحيح ابن حبان (٤٦٩٠) ، سنن أبي داوود (٢٥٦٧) ، سنن الترمذي (١٧٠٠) ، المجتبىٰ (٦/٢٢٦) ، سنن ابن ماجه (٣٠١٠) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه ، وقد تقدم من رواية الترمذي وابن ماجه (٥/٤٧٤) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٨٧٠) ، ومسلم (١٨٧٠) واللفظ له ، عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بالخيل التي قد أُضمرت من الحَفْياء ، وكان أَمَدُها ثنية الوداع ، وسابق بين الخيل التي لم تُضمَرْ من الثنية إلىٰ مسجد بني زُرَيق) وكان ابن عمر رضي الله عنهما فيمن سابق بها .

وَلَا تَجُوزُ عَلَى ٱلْأَقْدَامِ وَٱلزَّبَازِبِ وَٱلطُّيُورِ فِي ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِيلَ : يَجُوزُ ذَٰلِكَ ، وَفِي ٱلصُّرَاعِ وَجْهَانِ . . . .

وحكىٰ في « المنهاج » كـ « أصله » الخلافَ[1] ؛ كما في الحمار والبغل ، فقال : (وكذا فيلٌ وبغلٌ وحمارٌ في **الأظهر**)[2]

* * *

(**ولا تجوز**) بعوضٍ (**على**) الجري على (**الأقدام والزَّبازِب**) بفتح الزاي الأولىٰ وكسر الثانية وبالباء الموحدة المكررة : سُفنٌ صغارٌ ، واحدها : (زَبْزَب) بفتح الزايين وإسكان الباء بينهما ، (**والطيور في ظاهر المذهب**) للخبر السابق[3] ، ولأن ذٰلك ليس من آلات القتال ، ووجهه في السفن : أن سبقها بالملَّاح لا بمن [يقاتل][4] فيها .

(**وقيل : يجوز ذٰلك**) لأن الجري على الأقدام والسفن ينفع في الحرب ، وينتفع بالطير بإنهاء الأخبار ، (**وفي الصِّراع**) بضم أوله ـ ويقال : بكسرة[5] ـ بعوضٍ (**وجهان**) **أصحُّهما** : عدم الصحَّة ؛ لأنه ليس من آلات القتال .

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٥٤٤) ، المحرر (٣/١٥٦٨) .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٥٤٤) .

(٣) تقدم تخريجه قريباً .

(٤) في الأصل : (يقابل) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٢٩) .

(٥) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٤/٤٢٠) : (« وصراع » قال ابن قاسم : بكسر الصاد ، ووهم من ضمَّها) .

والثاني : يصح ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم (صارع ركانةَ علىٰ شياهٍ) رواه أبو داوود في « مراسيله »[1].

وأُجيب : بأن الغرض أن يُريَه شدَّته ليُسْلِم ؛ بدليل أنه لَمَّا صرعه فأسلم . . ردَّ عليه غنمه .

* * *

وتصح علىٰ ما ذُكِر بلا عوضٍ جزماً ، وكذا كل ما لا [ينفع][2] في الحرب ؛ كالمشابكة باليد ، والمسابقة على البقر ونحوها ؛ كالكلاب ، فيجوز بلا عوضٍ ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم (تسابق هو وعائشة على الأقدام)[3] ، وقيس به البقية .

* * *

ولا يجوز مطلقاً علىٰ مناطحة الكبَاش ، ومهارشة الدِّيكة ، ولا على الغطس في الماء ، إلا إن جرت العادة بالاستعانة به في الحرب . . فيكون كالسباحة .

وأما المداحاة ـ وهي : أن يرمي كل واحدٍ منهما الحجر [إلىٰ][4]

---

(١) مراسيل أبي داوود (٢٩٩) عن سعيد بن جبير رحمه الله تعالىٰ .

(٢) في الأصل : (ينتفع) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٤/٤٢١) .

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٦٩١) واللفظ له ، وأبو داوود (٢٥٧١) ، والبيهقي (١٠/١٧ ـ ١٨) برقم (١٩٧٨٨) عن سيدتنا أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت : سابقني النبي صلى الله عليه وسلم فسبقته ، فلبثنا حتىٰ إذا أرهقني اللحم . . سابقني فسبقني ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هٰذه بتلك » .

(٤) في الأصل : (علىٰ) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٢٩) ، و« مغني المحتاج » (٤/٤٢٠) .

وَلَا تَجُوزُ ٱلْمُسَابَقَةُ بَيْنَ ٱلْجِنْسَيْنِ ؛ كَٱلْخَيْلِ وَٱلْإِبِلِ ، وَتَجُوزُ عَلَىٰ نَوْعَيْنِ ؛ كَٱلْعَرَبِيِّ وَٱلْبِرْذَوْنِ . وَلَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ فَرَسَيْنِ مَعْرُوفَيْنِ . . . .

صاحبه ـ . . فباطلةٌ بعوضٍ قطعاً ، وإشالة الحجر باليد ويُسمَّى : العلاج . . الأكثرون علىٰ منعه .

[ما يشترط في المسابقة]

(**ولا تجوز المسابقة**) بعوضٍ (**بين الجنسين ؛ كالخيل والإبل**) والفرس والحمار ولو أمكن سبق كلٍّ منهما ؛ لأن البعير والحمار لا يلحقان الفرس غالباً .

(**وتجوز علىٰ نوعَين ؛ كالعربي والبرذون**) وهو من أبواه عجميان ، **والعتيق** : من أبواه [عربيان] [1] ، **والهجين** : من أبوه عربيٌّ وأمه عجميةٌ ، **والمُقْرِف** ـ بضم الميم و[سكون] [2] القاف وكسر الراءِ ـ : من أبوه عجميٌّ وأمه عربيةٌ ، ويكون ذٰلك في الناس وفي الخيل ، **قيل** : لأن البرذون في أول شوطه أجرىٰ ، وفي آخره ألين ، والعربي بالعكس ، وربَّما تكافأا عند الغاية ، وكالنجيب والبختي من الإبل ، وأُلحِق بالنوعَين حمارٌ وبغلٌ لتقاربهما ، **وعُلِم** : أن الجواز في النوع الواحد أَولىٰ .

❊ ❊ ❊

(**ولا تجوز إلا علىٰ فرسَين**) مثلاً (**معروفَين**) لأن الغرض معرفة سيرهما ، ويكفي تعيينهما بالوصف ؛ كما في السَّلَم ، ويتعيَّنان بالتعيين لا بالوصف ،

---

(١) في الأصل : (عربياً) ، والتصويب من « المجموع » (٥/٩) ، و« روضة الطالبين » (٦٣٣/٤) .

(٢) في الأصل : (وإسكاف) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (٢٦/٢) ، و« مغني المحتاج » (١٣٧/٣) .

وَلَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ مَسَافَةٍ مَعْلُومَةِ ٱلِٱبْتِدَاءِ وَٱلِٱنْتِهَاءِ . . . .

فلا يجوز إبدال واحدٍ منهما في الأول ، ويجوز في الثاني ؛ كما بحثه في « أصل الروضة »(١) .

* * *

ولا بدَّ من إمكان سبق كلٍّ منهما غالباً ، فإن كان / فرس أحدهما ضعيفاً يقطع بتخلُّفه [أو] فارهاً(٢) يقطع بتقدُّمه . . لم يجز ، وكذا لو كان سبق أحدهما ممكناً على الندور . . فلا اعتبار بالاحتمال النادر ، ولا بدَّ من تعيين الراكبين ، ولا يكفي الوصف ؛ كما بحثه الزركشي(٣) ، وأن يركبا المركوبَينِ لهما ولا يرسلاهما ، فلو شرطا إرسالهما ليجريا بأنفسهما . . فالعقد باطلٌ ؛ لأنهما ينفران بالإرسال ، ولا يقصدان الغاية ، بخلاف الطيور إذا [جوَّزنا](٤) المسابقة عليها ؛ لأن لها هداية إلىٰ قصد الغاية . ١/٤٩٣

* * *

(**ولا تجوز إلا علىٰ مسافةٍ معلومة الابتداء**) أي : الذي يجريان منه (**والانتهاء**) أي : الذي يجريان إليه ؛ لخبر ابن عمر : (أجرى النبي صلى الله عليه وسلم ما ضُمِّر من الخيل من الحفياء إلىٰ ثنيَّة الوداع ، وما لم يُضمَّر من الثنية إلىٰ مسجد بني زريق) ، قال سفيان : (بين الحفياء إلىٰ ثنية الوداع

---

(١) روضة الطالبين (٧/٧٩) ، وانظر « الشرح الكبير » (١٢/١٨٧) .
(٢) في الأصل : (وفارهاً) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٣٠) ، و« مغني المحتاج » (٤/٤٢٢) .
(٣) خادم الرافعي والروضة (ق ١٥/١٦١) مخطوط .
(٤) في الأصل : (جوز) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٣١) .

وَلَا تَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ عِوَضٍ مَعْلُومٍ . . . .

خمسة أميال أو ستة ، وبين ثنية الوداع إلىٰ مسجد بني زريق ميلٌ)[1]

* * *

ويُشترَط في الغاية : أن يمكن وصول ما يسابق عليه إليها غالباً ، وإلا لم تصح .

ولو عيَّنا غايةً وشرطا أن السبق إن اتَّفق[2] في وسط الميدان كفىٰ . . لم يصح ، ولو عيَّنا غايةً وقالا : (إن اتفق السبق عندها . . فذاك ، وإلَّا . . تعدَّيناها إلىٰ غايةٍ أخرىٰ) وعيَّنا غايةً يمكن الوصول إليها غالباً . . صحَّ .

[ما يُشترَط في عوض المسابقة]

(**ولا تجوز إلا علىٰ عوضٍ معلومٍ**) دَيناً كان أو عيناً كالأجرة ، فلو شرطا مالاً مجهولاً ؛ كثوبٍ غير موصوفٍ ، أو علىٰ خمرٍ أو خنزيرٍ . . فسد العقد ، واستحقَّ السابق أجرة المثل ؛ وهي ما يُبذَل في المسابقة في عرف الناس غالباً في مثل تلك المسافة .

ولو كان لأحدهما على الآخر مالٌ في الذمَّة ، وجعلاه عوضاً ؛ بأن قال له : (إن سبقتني . . فلك عليَّ الدَّين الذي لي عليك) . . جاز ؛ بناءً علىٰ جواز الاعتياض عنه ، **وهو الأصح** .

---

(١) أخرجه البخاري (٢٨٦٨) ، ومسلم (١٨٧٠) .

(٢) في الأصل : (أن السبق إن اتفق السبق) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٧/ ٧٤) ، و« كفاية النبيه » (١١/ ٣٤٣) .

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ٱلْعِوَضُ مِنْهُمَا ، وَمِنْ غَيْرِهِمَا . فَإِنْ أَخْرَجَ أَحَدُهُمَا عَلَىٰ أَنَّ مَنْ سَبَقَ أَحْرَزَهُ . . جَازَ . وَإِنْ أَخْرَجَا ٱلسَّبَقَ عَلَىٰ أَنَّ مَنْ سَبَقَ مِنْهُمَا أَخَذَ ٱلْجَمِيعَ . . لَمْ يَجُزْ ؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُحَلِّلٌ ؛ وَهُوَ ثَالِثٌ عَلَىٰ فَرَسٍ كَفِيءٍ . . . .

(**ويجوز أن يكون العوض منهما**) ولأحدهما إخراج أكثر من الآخر (**ومن غيرهما**) أي : المتسابقَينِ ؛ كأن يقول الإمام أو أحد الرعيَّة : (من سبق منكما . . فله في بيت المال ، أو عليَّ كذا) لِمَا فيه من التحريض على تعلُّم الفروسيَّة وبذل مالٍ في طاعةٍ .

(**فإن أخرج أحدهما**) العوض (**علىٰ أنَّ مَن سبق أحرزه**) أي : أخذه . . (**جاز**) كأن يقول : (إن سبقتني . . فلك عليَّ كذا ، أو سبقتك . . فلا شيء لي عليك) لأن أحدهما يغرم ولا يغنم ، فصار كما لو كان بينهما محلِّلٌ .

* * *

(**وإن أخرجا السَّبَق**) بفتح الباء ؛ وهو : المال [المجعول] [1] للسابق ، وأما بالسكون . . فمصدر : سبقه سبقاً (**علىٰ أن من سبق منهما أخذ الجميع . . لم يجز**) لأن كلّاً منهما متردِّدٌ بين أن يغنم وأن يغرم ، وهو علىٰ صورة القمار المُحرَّم ، (**إلا أن يكون بينهما محلِّلٌ**) ويقال : مُحِلٌّ وحالٌّ ، سُمِّي به لأن العوض صار حلالاً به (**وهو ثالثٌ**) مكافئٌ (**علىٰ فرسٍ كَفِيءٍ**) بفتح الكاف وكسر الفاء مهموز ممدود ؛ وهو : المكافئ المماثل النظير ، ويقال فيه : الكُفْء والكُفُوء بالضم وبالمد علىٰ فُعُول ، والمصدر : الكفاءة بالفتح والمد ،

---

(١) في الأصل : (المحصول) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٢٦) .

لِفَرَسَيْهِمَا وَلَا يُخْرِجُ شَيْئاً ؛ فَإِنْ سَبَقَهُمَا . . أَحْرَزَ سَبَقَهُمَا ، وَإِنْ سَبَقَاهُ . . أَحْرَزَ كُلٌّ مِنْهُمَا سَبَقَهُ ، وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا مَعَ ٱلْمُحَلِّلِ . . أَحْرَزَا سَبَقَ ٱلْمُتَأَخِّرِ ، وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا . . أَخَذَ ٱلسَّبَقَيْنِ . . . .

٤٩٣/ب ([لفرسيهما] ولا يخرج شيئاً) إن سُبِق ،/ ويغنم إن سَبق ، فيجوز حينئذٍ ؛ لخروجه بذٰلك عن صورة القمار .

* * *

وإن شرط للمحلِّل الكل إن سَبق ، وأن السابق منهما يأخذ ماله فقط ، أو يأخذ الكل . . جاز ، ويكفي محلِّلٌ واحدٌ لجماعةٍ وإن كثروا .

(**فإن سبقهما أحرز سبقهما**) لسبقه ، جاءا معاً أو أحدهما قبل الآخر ، (**وإن سبقاه**) [وجاءا][(١)] معاً أو لم يسبق أحدٌ . . (**أحرز كلٌّ منهما سبقه**) لعدم سبقه لهما ، ولم يسبق أحدهما الآخر .

(**وإن سبق أحدهما مع المحلِّل**) وتأخَّر الآخر . . فمال هٰذا لنفسه ، ولا شيء للمحلِّل منه ؛ لأنه لم يسبقه و(**أحرزا سبق المتأخِّر**) لأنهما سبقاه .

(**وإن سبق أحدهما**) ثم المحلِّل ثم الآخر . . فسبق الأول له ، وسبق الآخر للأول ؛ لسبقه الاثنين ، أو سبق أحدهما ثم جاء الثاني مع المحلِّل ، أو جاء الثاني ثم المحلِّل . . (**أخذ السبقَين**) أما سبق نفسه . . فلأنه لم يُسبَق ، وأما سبق الآخر . . فلسبقه له وللمحلِّل .

ويجوز محلِّلان فأكثر ، فلو تسابق اثنان ومحلِّلان ، فسبق محلِّلٌ ثم

---

(١) في الأصل : (جاءا) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (٢/ ١٩٥) .

وَإِنْ أَخْرَجَ ٱلْإِمَامُ مِنْ بَيْتِ ٱلْمَالِ أَوْ أَحَدُ ٱلرَّعِيَّةِ مِنْ مَالِهِ ٱلسَّبَقَ بَيْنَ ٱثْنَيْنِ ، وَشَرَطَ أَنَّ مَنْ سَبَقَ مِنْهُمَا فَهُوَ لَهُ . . جَازَ ؛ فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا . . ٱسْتَحَقَّ ، وَإِنْ جَاءَا مَعاً . . لَمْ يَسْتَحِقَّا ، وَإِنْ شَرَطَ لِلسَّابِقِ . . . .

متسابقٌ ، ثم المحلِّل الثاني ثم المتسابق الثاني ، أو جاء أحدهما ثم محلِّلٌ ثم المحلِّلُ الآخر . . فالجميع للسابق الأوَّل .

فرعٌ قاله ابن النقيب

[في حكم اشتراط جري فرس المحلِّل بينهما]

وهو : (ينبغي أن يجري فرس المحلِّل بينهما ، فإن تراضيا ألَّا يتوسَّط . . جاز ، فإن طلب أحدهما توسُّطَ المحلِّل وامتنع الآخر ، أو رضيا بعدم التوسُّط ولكن قال أحدهما : « يكون عن اليمين » ، والآخر : « عن اليسار » . . لزم التوسُّط ، بخلاف ما لو تنازع المتسابقان في اليمين واليسار . . فإنه يُقرَع بينهما)[١]

* * *

(**وإن أخرج الإمام من بيت المال أو أحد الرعية من ماله السبَق بين اثنين ، وشرط أن مَن سبق منهما فهو له . . جاز**) بلا محلِّلٍ ؛ لانتفاء معنى القمار .

(**فإن سبق أحدهما . . استحقَّ**) ما شُرِط له ؛ عملاً بالشرط ، (**وإن جاءا معاً . . لم يستحقَّا**) لعدم سبق أحدهما ، (**وإن شرط للسابق**) شيئاً

---

(١) اختصر ابن النقيب رحمه الله تعالىٰ « كفاية النبيه » في كتاب سماه « تسهيل الهداية وتحصيل الكفاية » ، ولم يتيسر لنا الحصول علىٰ مخطوطة كاملة له ، فانظر « كفاية النبيه » (١١/٣٤٦ ـ ٣٤٧) .

وَلِلْآخَرِ . . لَمْ يَجُزْ وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَشَرَطَ لِاثْنَيْنِ دُونَ ٱلثَّالِثِ ، أَوْ أَرْبَعَةً فَشَرَطَ لِثَلَاثَةٍ دُونَ ٱلرَّابِعِ . . جَازَ ، وَإِنْ شَرَطَ لِلْجَمِيعِ وَسَوَّىٰ بَيْنَهُمْ . . لَمْ يَجُزْ . وَإِنْ فَاضَلَ فَجَعَلَ لِلسَّابِقِ عَشَرَةً . . . .

(**وللآخر**) مثله . . (**لم يجز**) لأن كلّاً منهما لا يجتهد في السبق ؛ لعلمه أنه يأخذ وإن سُبِق ، فيفوت المقصود الذي يحصل به العقد .

❊ ❊ ❊

(**وإن كانوا ثلاثةً فشرط لاثنين**) شيئاً على السواء (**دون الثالث**) أو شرط له أقلَّ منهما (**أو أربعةً فشرط لثلاثةٍ**) شيئاً على السواء (**دون الرابع**) أو شرط له أقل منهم . . (**جاز**) لأن كل واحدٍ في الصورة الأولىٰ يجتهد أن يكون أولاً أو ثانياً ، أو ثالثاً في [الصورة] الثانية [١] ؛ ليفوز بالعوض أو بالأكثر ، ووقع في « المنهاج » الجزم في الأولىٰ بالفساد [٢] ؛ كما لو كانا اثنين ، والذي في « الروضة » و« الشرحين » ما جرىٰ عليه الشيخ [٣] ، **وهو المعتمد** .

❊ ❊ ❊

(**وإن**) شرط للثاني أكثر من الأول ، أو الكل في الصورة الأولىٰ ، أو للثالث أكثر من الأوَّل والثاني أو أحدهما أو الكل ، أو (**شرط للجميع وسوَّىٰ بينهم**) في الصورتَينِ . . (**لم يجز**) لِمَا مرَّ .

❊ ❊ ❊

(**وإن فاضل فجعل للسابق عشرةً**) والسابق يُطلَق على الأول ،

---

(١) أي : إن كانوا أربعة ، فيجتهد أن يكون أولاً ، أو ثانياً ، أو ثالثاً .

(٢) منهاج الطالبين (ص ٥٤٤) .

(٣) روضة الطالبين (٧/٧٤) ، الشرح الكبير (١٢/١٨٠) .

وَلِلْمُصَلِّي تِسْعَةً ، وَلِلْمُجَلِّي ثَمَانِيَةً . . فَقَدْ قِيلَ : يَجُوزُ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ .

(وللمصلي تسعةً ، وللمجلي ثمانيةً . . فقد قيل) وهو الأصح : **(يجوز)** لأن كلّاً منهما يجتهد أن يتقدَّم ؛ ليفوز بالأكثر .

(وقيل : لا يجوز) لأن كلّاً منهما يقطع [بحصول][1] شيءٍ فلا يجتهد ، قال النووي / في « تحريره » : (هٰكذا يقع في أكثر النسخ ، ووقع فيما ذكرناه عن نسخة المصنف : للمجلِّي تسعةٌ ، وللمصلِّي ثمانيةٌ) ، قال : (وكلاهما خلاف المعروف في اللغة وفي كتب [الفقه][2] ؛ فإن الموجود لجميعهم : أن **المجلِّي** : هو السابق ، **والثاني** : المصلِّي ، **والثالث** : التالي ، **والرابع** : البارع ، **والخامس** : [المرتاح][3] ، **والسادس** : الحظي بتخفيف الظاء ، **والسابع** : العاطف ، **والثامن** : المؤمل ، **والتاسع** : اللطيم ، **والعاشر** : السكيت بالتخفيف والتشديد ، **والذي يجيء في الآخر** : فُسكُلٌ بكسر الفاء والكاف ؛ أي : ويُقال بضمِّهما ، وربَّما قدم بعض هٰؤلاء علىٰ بعضٍ فيما بعد الثاني ، ولا خلاف في أن المجلِّي هو الأوَّل ، والمصلِّي هو الثاني ، ولٰكن لا يختلف حكم المسألة [بالمخالفة][4] في الاسم)[5]

1/494

قال ابن الملقن : (وما ذكره الشيخ من كون المجلِّي ثانياً ، والمصلي

---

(١) في الأصل : (لحصول) ، والتصويب من هامش الأصل .

(٢) في الأصل : (اللغة) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » .

(٣) في الأصل : (المرتاج) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » .

(٤) في الأصل : (والمخالفة) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » .

(٥) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧) .

وَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ إِذَا سَبَقَ أَحَدُهُمَا أَطْعَمَ ٱلسَّبَقَ أَصْحَابَهُ . . لَمْ تَصِحَّ ٱلْمُسَابَقَةُ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِيلَ : تَصِحُّ ، إِلَّا أَنَّهُ يَسْقُطُ ٱلْمُسَمَّىٰ وَيَجِبُ عِوَضُ ٱلْمِثْلِ . . . .

ثالثاً . . هو ما ذكره الثعالبي [في][1] « فقه اللغة » ، فلا اعتراض عليه إذاً) انتهىٰ[2] ، ومن حفظ حجَّةٌ علىٰ من لم يحفظ ، وهٰذه أسماءٌ لخيل السباق ، ويقال فيها غير ذٰلك ، ومنهم من زاد حادي عشرَ سمَّاه : [المقردح][3] ، والفقهاء قد يطلقونها علىٰ ركاب الخيل .

❊ ❊

(وإن شرط) المخرج : (**أنه إذا سبق أحدهما أطعم السبق أصحابه . . لم تصح المسابقة علىٰ ظاهر المذهب**) لأنه تمليكٌ شُرِط فيه منع المتملِّك من كمال التصرُّف ، فيفسد العقد ؛ لفساد الشرط ، ويستحقُّ السابق على الشارط أجرة المثل ؛ كما مرَّ[4] .

(**وقيل : تصح ، إلا أنه [يسقط][5] المسمَّىٰ ويجب عوض المثل**) لأن المسابقة تصح بغير عوضٍ ، فإذا فسد . . لم يفسد العقد ؛ كالصداق مع النِّكاح ، قال بعض الشارحين : وهٰذا القول غير موجودٍ في مشاهير الكتب .

---

(١) في الأصل : (من) ، والتصويب من هامش الأصل ، وأشار لها بنسخة .

(٢) هادي النبيه (ق ١/١٦٧) مخطوط .

(٣) في الأصل : (المقدوح) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٣٠) ، و« مغني المحتاج » (٤/٤٢٣) .

(٤) انظر ما تقدم (٥/٤٨٣) .

(٥) في الأصل : (سقط) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَقِيلَ : تَصِحُّ وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً . وَٱلسَّبْقُ فِي ٱلْخَيْلِ إِذَا ٱسْتَوَتْ أَعْنَاقُهَا بِجُزْءٍ مِنَ ٱلرَّأْسِ مِنَ ٱلْأُذُنِ وَغَيْرِهَا ، وَإِنِ ٱخْتَلَفَا فِي طُولِ ٱلْعُنُقِ ، أَوْ كَانَ ذَٰلِكَ فِي ٱلْإِبِلِ . . ٱعْتُبِرَ ٱلسَّبْقُ بِٱلْكَاهِلِ . . . .

(**وقيل : تصح**) بالمسمَّىٰ ويلغو الشرط (**ولا يستحقُّ**) من شرط إطعامه (**شيئاً**) لأن الشرط لا يعود نفعه إلى المُسَبِّق ، فلا يكون شرطاً ، بل وعداً .

* * *

(**والسبق في الخيل**) عند الإطلاق في العقد وكل ذي حافرٍ (**إذا استوت أعناقها**) في الطول والارتفاع والمدِّ عند الجري بالعنق ، ويُسمَّى الهادي ، وذٰلك مراد الشيخ بقوله : (**بجزءٍ من الرأس من الأذن وغيرها**) فسقط ما قيل : إن الصواب : التعبير بالعنق ، وجعل الأذن من الرأس مجازٌ للمجاورة ؛ **لأن مذهبنا** : أنها [عضوٌ][(١)] مستقلٌّ لا من الرأس ولا من الوجه .

* * *

(**وإن اختلفا في طول العنق**) فإن طال عنق السابق . . اعتُبِر في السبق زيادة منه علىٰ قدر الآخر ، (**أو كان ذٰلك في الإبل**) وكل ذي خفٍّ . . (**اعتُبِر السبق**) في الإبل وما ذُكِر معها فقط (**بالكاهِل**) بكسر الهاء : مجمع الكتفَينِ ، وعبَّر عنه في « الروضة » بالكتَد بفتح التاء أشهر من كسرها[(٢)]

---

(١) في الأصل : (عضد) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٢٧) ، و« كفاية النبيه » (٣٥٢/١١) .

(٢) روضة الطالبين (٨١/٧) .

فَإِنْ مَاتَ أَحَدُ ٱلْمَرْكُوبَيْنِ قَبْلَ ٱلْغَايَةِ . . بَطَلَ ٱلْعَقْدُ . . . .

والفرق بين ذي [الخفِّ](١) وغيره : أن الفيل منه لا عنق له حتىٰ يُعتبَر ، والإبل منه ترفع أعناقها في العَدْوِ فلا يمكن اعتبارها ، والخيل ونحوها تمدُّها ، فالمتقدِّم ببعض الكاهل أو العنق سابقٌ ، إلا فيما [إذا] طال / أحد العنقَينِ ؛ ٤٩٤/ب فالسبق بتقدُّمه بأكثر من قدر الزائد وإن أوهمت عبارة المصنف خلافه .

* * *

ولو سبق أحدهما أوَّل أو وسط الميدان ، والثاني آخره . . فالسابق الثاني ؛ لأن العبرة بآخره .

وإن عثر أحد المركوبَينِ ، أو وقف بعد جريه لمرضٍ أو نحوه ، فسُبِق . . فلا سبق ، أو وقف بلا علَّةٍ . . فمسبوقٌ ، لا إن وقف قبل أن يجري .

ولو شرطا العوض لمن سبق منهما بأذرعٍ معلومةٍ . . جاز ، والغاية في الحقيقة نهاية الأذرع المشروطة ، لكن شُرِط في الاستحقاق تخلُّف الآخر عنها بالقدر المذكور .

[وليجرِ](٢) المتسابقان بالمركوبَينِ في وقتٍ واحدٍ بعد التساوي في القوائم بالموقف ، ويستحبُّ جعل قصبةٍ في الغاية يأخذها السابق ؛ ليظهر كل واحدٍ سبقه .

*

(**فإن مات أحد المركوبين**) المتعيِّن (**قبل الغاية**) ولو قبل المسابقة . . (**بطل العقد**) كالأجير المعيَّن ، لا بموت الموصوف ؛

---

(١) في الأصل : (الحافر) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (٢/١٩٥) .

(٢) في الأصل : (وليجري) ، والتصويب من سياق عبارة « أسنى المطالب » (٤/٢٣٢) .

وَإِنْ مَاتَ أَحَدُ ٱلرَّاكِبَيْنِ . . قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ . . ٱسْتَأْجَرَ ٱلْحَاكِمُ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ . وَإِنْ كَانَتِ ٱلْمُسَابَقَةُ عَلَى ٱلرَّمْيِ . . لَمْ يَجُزْ إِخْرَاجُ ٱلسَّبَقِ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا إِلَّا عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي ٱلْخَيْلِ . وَلَا يَجُوزُ حَتَّىٰ تَتَعَيَّنَ ٱلرُّمَاةُ . . . .

كالأجير غير المعيَّن ، وفي معنى الموت : العمىٰ ، وذهاب اليد أو الرِّجْل .

(وإن مات أحد الراكبَينِ) . . لم يبطل العقد ؛ لأنَّ التعويل في المسابقة على المركوب لا على الراكب ، و(قام وارثه مقامه) بنفسه أو نائبه ، (فإن لم يكن له وارثٌ . . استأجر الحاكم من يقوم مقامه) لأنها عقدٌ لازمٌ ؛ كالإجارة كما مرَّ [١] ، والوارث يشمل الخاصَّ والعامَّ .

[ما يُشترَط في المناضلة على الرمي]

(وإن كانت المسابقة على الرمي . . لم يجز إخراج السبَق) بفتح الباء (منهما أو من غيرهما إلا علىٰ ما ذكرناه في الخيل) لِمَا سبق .

(ولا يجوز) العقد (حتىٰ تتعيَّن الرماة) لأن المقصود : معرفة حِذْقهم ، ولا يكفي فيه الوصف كالراكب .

وأقلُّ ما يصح عليه عقد المناضلة : اثنان ؛ فقد قال الإمام الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه : (لو قال شخصٌ لآخر : ارمِ عشرةً ؛ فإن كان صوابك أكثر فلك كذا . . لم يجز أن يناضل نفسه) [٢] .

* * *

---

(١) انظر ما تقدم (٥/٤٧٥) .

(٢) الأم (٥/٥٦٤) .

فَإِنْ كَانُوا حِزْبَيْنِ . . لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يَعْرِفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ رَأْسِ ٱلْحِزْبَيْنِ أَصْحَابَهُ قَبْلَ ٱلْعَقْدِ . . . .

(فإن كانوا حزبَينِ . . لم يجز حتىٰ يعرف كلٌّ واحدٍ مِن رأس الحزبَينِ) أي : كبيره **(أصحابه)** أي : من [يرمي][1] معه **(قبل العقد)** بأن يكون حاضراً أو غائباً يعرفه ، قال القاضي أبو الطيب : (وظاهره : أنه يكفي معرفة الزَّعيمَينِ)[2] ، ولا يعتبر أن يعرف الأصحاب بعضهم بعضاً .

ويُشترَط لكل حزبٍ كبيرٌ ؛ وهو الزعيم ، فلا يكفي أن يكون لهما زعيمٌ واحدٌ يعقد عنهما ويرتِّبهما ، ولا يجوز تعيينهما الحزبين بقرعةٍ ، ولا أن يختار واحدٌ جميع الحزب أولاً ؛ لأنه لا يُؤمَن أن يستوعب الحُذَّاق ، والقرعة قد تجمعهم في جانبٍ فيفوت مقصود المناضلة ، بل يختار هٰذا الزعيم واحداً ، وهٰذا واحداً في مقابلته . . . وهٰكذا إلىٰ آخرهم ، فيكونون حزبَينِ .

قال الإمام : (ولو ضمَّ حاذقٌ إلىٰ غيره في كل جانبٍ وأُقرِع . . فلا بأس)[3] ، ولو رضيا بمن أخرجته وعقدا عليه . . جاز ؛ كما بحثه الرافعي[4] .

وبعد تمييز الحزبَينِ وتراضيهما يتوكَّل كلُّ زعيمٍ عن أصحابه في العقد ويعقدان .

---

(١) في الأصل : (يرم) ، والتصويب من « الأم » (٥/٥٧٢) .

(٢) انظر « الشرح الكبير » (١٢/٢٠٦) .

(٣) نهاية المطلب (١٨/٢٨٥) .

(٤) الشرح الكبير (١٢/٢٠٦) .

وَلَا يَجُوزُ إِلَّا مِمَّنْ يُحْسِنُ ٱلرَّمْيَ ؛ فَإِنْ خَرَجَ فِي أَحَدِ ٱلْحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُ ٱلرَّمْيَ . . بَطَلَ ٱلْعَقْدُ فِيهِ ، وَيَسْقُطُ مِنَ ٱلْحِزْبِ ٱلْآخَرِ بِإِزَائِهِ وَاحِدٌ ، ثُمَّ ٱلرُّمَاةُ بِٱلْخِيَارِ بَيْنَ فَسْخِ ٱلْعَقْدِ وَبَيْنَ إِمْضَائِهِ . . . .

ويُشترَط تساوي الحزبَينِ عدداً وأرشاقاً/وإصابةً ، وانقسام عدد الرمي علىٰ كل حزبٍ صحيحاً ، ولا يجوز أن يشرطا أن يتقدَّم من هـٰذا الحزب فلانٌ ويقابله من الحزب الآخر فلانٌ ؛ لأن تدبير كل حزبٍ إلىٰ زعيمهم ، وليس للآخر مشاركةٌ فيه . 1/٤٩٥

* * *

([**ولا يجوز**) أي : عقد المناضلة مطلقاً (**إلا ممَّن يحسن الرمي**) لتوقف المقصود عليه][1] ، (**فإن خرج في أحد الحزبَينِ من لا يحسن الرمي**) أصلاً ؛ كأن رأىٰ غريباً ظنَّه رامياً فبان غير رامٍ . . (**بطل العقد فيه ، ويسقط من الحزب الآخر بإزائه واحدٌ**) ليحصل التساوي ؛ كما إذا خرج أحد العبدَينِ المبيعَينِ مستحقّاً . . فإنه يبطل فيه المبيع ، ويسقط من الثمن ما يقابله ، ولا تبطل في الباقي ؛ عملاً بتفريق الصفقة .

(**ثم الرماة بالخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه**) للتبعيض ، فإن أجازوا وتنازعوا في تعيين من يُجعَل في مقابله . . فسخ العقد ؛ لتعذُّر إمضائه .

هـٰذا ؛ إن لم يعلم مقابله في الابتداء ، وإلا . . انفسخ فيه ولا منازعةَ .

* * *

---

(١) قول المصنف : (ولا يجوز إلا ممن يحسن الرمي) لم نجد له شرحاً في النسخة المعتمدة في التحقيق ، وشرحه مهم ، وقد استقينا شرحه من « كفاية النبيه » (١١/٣٠٥) ، و« هادي النبيه » (ق ١/١٦٨) مخطوط .

ثم الحزبان كالشخصَينِ في جواز شرط المال من غيرهما ومن أحدهما أو منهما بمحلِّل حزب ثالثٍ مكافئٍ كلَّ حزبٍ في العدد والرمي ؛ كما صرَّح به الماوردي [١] .

فإن بان الغريب رامياً لكنه دون ما ظنُّوا . . لم يضرَّ ، أو فوق ما ظنُّوا . . فلا فسخ للحزب الآخر .

ولو اختار مجهولاً ظنَّه غير رامٍ فبان رامياً . . قال الزركشي : (**فالقياس** : البطلان) انتهىٰ [٢] ، **والذي ينبغي اعتماده** : الصحَّة [٣] .

* * *

ولو تناضل غريبان لا يعرف كلٌّ منهما الآخر . . جاز ، فلو بانا غير متكافئَينِ . . بطل العقد ؛ كما رجَّحه ابن المقري [٤] ؛ لتبيُّن فساد الشرط .

وإذا نضل حزبٌ . . قُسم العوض بينهم بالسوية ، لا بعدد الإصابة ، إلا إن شرط القسم بعددها . . فيُقسَم بعددها ؛ عملاً بالشرط ، وهٰذا ما صحَّحه في « الروضة » كـ « أصلها » [٥] ، **وهو المعتمد** ، خلافاً لِمَا صحَّحه في « المنهاج »

---

(١) الحاوي الكبير (١٩/٢٨٨) .

(٢) خادم الرافعي والروضة (ق ١٥/١٦٦) مخطوط .

(٣) اكتفى الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٤/٤٢٧) بنقل كلام الزركشي .

(٤) روض الطالب (٢/٨٦٢) .

(٥) روضة الطالبين (٧/٩٩) ، الشرح الكبير (١٢/٢٠٧) .

وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَىٰ عَدَدٍ مِنَ ٱلرِّشْقِ مَعْلُومٍ ، وَأَنْ يَكُونَ عَدَدُ ٱلْإِصَابَةِ مَعْلُوماً ؛ فَإِنْ شُرِطَ إِصَابَةُ تِسْعَةٍ مِنْ عَشَرَةٍ ، أَوْ عَشَرَةٍ مِنْ عَشَرَةٍ . . لَمْ يَجُزْ فِي أَصَحِّ ٱلْوَجْهَيْنِ . . . .

كـ « أصله »[(١)] : من أنه يُقسَم بينهم بحسب الإصابة مطلقاً ؛ لأن الاستحقاق بها .

* * *

(**ولا يجوز إلا علىٰ عددٍ من الرِّشق**) بكسر الراءِ : هو الوجه من السهام ؛ كما قاله أبو عبيد من أئمة اللغة[(٢)] ، وقال الأزهري : (هو ما بين العشرين إلى الثلاثين ، يرمي بها رجلٌ[(٣)] أو رجلان يتسابقان)[(٤)] ، قالوا : **والرَّشق** ـ بالفتح ـ مصدر : رشقه يرشقه رشقاً ؛ أي : رماه ، (**معلوم ، وأن يكون عدد الإصابة معلوماً**) كأن يقولا : ([يرمي] كلٌّ منَّا عشرة أسهمٍ ، ويكون المصاب منها خمسةً مثلاً) لتوقُّف معرفة السبق عليه .

نعم ؛ لو تناضلا علىٰ رميةٍ واحدةٍ ، وشرط المال لمصيبها . . **صحَّ على الأصح** .

* * *

ويُشترَط إمكان الإصابة والخطأ لا على الندور (**فإن شرط إصابة تسعةٍ من عشرةٍ ، أو عشرةٍ من عشرةٍ . . لم يجز في أصحِّ الوجهَينِ**) لندوره ، فيتعذَّر

---

(١) منهاج الطالبين (ص ٥٤٥) ، المحرر (٣/١٥٧٦) .

(٢) غريب الحديث لابن سلام (١/١٩) .

(٣) في الأصل : (كل رجل) ، والتصويب من « الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي » .

(٤) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص ٢٦٤) .

وَأَنْ يَكُونَ مَدَى ٱلْغَرَضِ مَعْلُوماً ؛ فَإِنْ شُرِطَ دُونَ ٱلْمِئَتَيْ ذِرَاعٍ . . جَازَ ، وَفِيمَا زَادَ . . . .

المقصود ؛ إذ **المقصود من بذل المال** : الحثُّ على المراماة ؛ طمعاً في المال ، والممتنع لا يُسعَىٰ فيه .

والثاني : يجوز ؛ لإمكانه كثمانيةٍ من عشرةٍ .

ولو تُيقِّنت الإصابة عادةً ؛ كإصابة حاذقٍ واحداً من مئةٍ . . لم يجز ؛ كما صرَّح به ابن الرفعة[1] ،/ وجزم به ابن المقري[2] ؛ لأن هـٰذا العقد ينبغي أن يكون فيه [خطر][3] ؛ ليتأنَّق الرامي في الإصابة . ٤٩٥/ب

* * *

(وأن يكون مدى الغرض) وهـو[4] ـ مقصور يُكتَب بالياء ـ : الغاية **(معلوماً)** بالذُّرعان أو المشاهدة ، فإن كان هناك عادةٌ غالبةٌ . . لم يُشترَط بيان المسافة ، وينزل المطلق على العادة ؛ **كما هو الراجح في** « الروضة » كـ « أصلها »[5] .

(فإن شرط دون المئتي ذراعٍ . . جاز) لأن الإصابة فيه معتادةٌ **(وفيما زاد)**

---

(١) كفاية النبيه (١١/٣٥٨) .

(٢) روض الطالب (٢/٨٦٠) .

(٣) في الأصل : (خطراً) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٧/٩٠) ، و« أسنى المطالب » (٤/٢٣٣) .

(٤) أي : المدىٰ .

(٥) روضة الطالبين (٧/٩٢) ، الشرح الكبير (١٢/١٩٩) ، وفي هامش الأصل : (**بلغ مقابلة بالحرم النبوي بالروضة المطهرة**) .

قِيلَ : يَجُوزُ إِلَىٰ مِئَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ذِرَاعاً ، وَقِيلَ : يَجُوزُ إِلَىٰ ثَلَاثِ مِئَةٍ وَخَمْسِينَ ذِرَاعاً . . . .

علىٰ ذٰلك . . (قيل) وهو الأصح : (يجوز إلىٰ مئتين وخمسين ذراعاً) لِمَا روى الطبراني : أنه قيل لبعض الصحابة : « كيف كنتم تقاتلون العدوَّ ؟ » فقال : (إذا كانوا علىٰ مئتين وخمسين ذراعاً . . قاتلناهم بالنَّبل ، وإن كانوا علىٰ أقلَّ من ذٰلك . . قاتلناهم بالحجارة ، وإذا كانوا علىٰ أقلَّ من ذٰلك . . قاتلناهم بالرماح ، وإذا كانوا علىٰ أقلَّ من ذٰلك . . قاتلناهم بالسيف)(١)

(وقيل : يجوز إلىٰ ثلاث مئةٍ وخمسين ذراعاً) لأن الإصابة فيه ممكنةٌ ، والأصح : عدم الصحَّة ؛ لأن الإصابة فيما زاد على المئتين والخمسين نادرةٌ ، وما كانت الإصابة فيه نادرةٌ . . لا يصح ، وتتعذَّر الإصابة فيما فوق ثلاث مئةٍ وخمسين ، قال الرافعي : (ورُوي : أنه لم يرمِ إلىٰ أربع مئةٍ إلا عقبةُ بن عامرٍ الجهني)(٢)

قال ابن الملقن : (وهل المراد هنا بالذراع : ذراعُ الآدمي ، أم غيره ؟ لم أَرَ فيه نقلاً) انتهىٰ(٣) ، ويظهر : أنه الذراع الشرعي ؛ وهو : شبران معتدلان .

* * *

---

(١) أخرجه الطبراني في « المعجم الكبير » (٥/٣٤) عن سيدنا أبي لبابة رضي الله عنه بنحوه ، والقائل لهم : هو النبي صلى الله عليه وسلم .

(٢) الشرح الكبير (١٢/٢٠٠) .

(٣) هادي النبيه (ق ١/١٦٨) مخطوط .

فَإِنْ شُرِطَ ٱلرَّمْيُ إِلَىٰ غَيْرِ غَرَضٍ ، وَأَنْ يَكُونَ ٱلسَّبَقُ لِأَبْعَدِهِمَا رَمْياً . . لَمْ يَصِحَّ . وَأَنْ يَكُونَ ٱلْغَرَضُ فِي نَفْسِهِ مَعْلُومَ ٱلصِّفَةِ ، مَعْلُومَ ٱلطُّولِ وَٱلْعَرْضِ وَٱلسَّمْكِ وَٱلِٱرْتِفَاعِ وَٱلِٱنْخِفَاضِ مِنَ ٱلْأَرْضِ . . . .

(**فإن [شرط]**[1] **الرمي إلىٰ غير [غرضٍ]**[2] ، **وأن يكون السبق لأبعدهما رمياً**) ولم يقصدا غرضاً . . **فقد قيل ـ وهو الأصح ـ** : يصح ؛ لأن الإبعاد مقصودٌ أيضاً في محاصرة القلاع ونحوها ، وحصول الإرعاب ، وامتحان شدَّة الساعد ، وتخالف الغاية في السباق في الدابة [لإفضاء][3] طول العَدْو إلى الجهد .

وقيل : (**لم يصح**) **لأن المقصود** : الإصابة ، لا بُعْد المسافة ، **وعلى الأول** : يُراعَىٰ للبعد استواء المتناضلَين في شدَّة القوس ، ورزانة السهم وخفَّته ؛ لأن ذٰلك يؤثِّر في القرب والبعد تأثيراً عظيماً .

* *

(**وأن يكون الغَرَض**) بغينٍ معجمةٍ وراءٍ مهملةٍ مفتوحتَينِ (**في نفسه معلوم الصفة ، معلوم الطول والعرض والسَّمْك**) بفتح السين وإسكان الميم ؛ وهو : الغلظ ، (**والارتفاع**) إذا كان منصوباً في الأرض يعرف قَدْر ارتفاعه عنها (**والانخفاض من الأرض**) إذا كان معلَّقاً في الهواء يعرف قدر انخفاضه ، وهو نزوله وقُرْبه من الأرض ؛ لاختلاف الإصابة باختلاف ذٰلك ، إلا أن يعقد بموضعٍ فيه غرضٌ معلومٌ ؛ فيحمل المطلق عليه .

---

(١) في الأصل : (شرطا) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) في الأصل : (عوض) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) في الأصل : (لأقصىٰ) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٣٤) .

وَأَنْ يُعْلَمَ أَنَّ ٱلرَّمْيَ مُحَاطَّةٌ ، أَوْ مُبَادَرَةٌ ، أَوْ مُنَاضَلَةٌ ؛ . . . .

والغرض : جلدٌ بالٍ أو قرطاسٌ أو خشبٌ يُوضَع على الهدف ؛ وهو : ما يرفع من حائطٍ يُبنَىٰ أو ترابٍ يُجمَع أو نحوه .

والرقعة : عظمٌ ونحوه يُجعَل وسط الغرض .

والدارة : نقشٌ مستديرٌ كالقمر قبل استكماله ، قد تُجعَل بدل الرقعة في وسط الغرض .

والخاتم : نقشٌ / يُجعَل في وسط الدارة ، [فيبينان][1] موضع الإصابة ؛ أهو في الغرض أو الهدف أو الدارة أو الخاتم . 1/496

ولو شرط إصابة الخاتم . . لم يصح العقد ؛ لأنه نادرٌ .

* * *

(وأن[2] يعلم أن الرمي محاطَّةٌ) بتشديد الطاء **(أو مبادرةٌ ، أو مناضلةٌ)** لاختلاف الغرض به ، واشتراط ذٰلك أحد وجهَين جرىٰ عليه أيضاً في « المنهاج » كـ « أصله »[3] ، وأقرَّه النووي عليه في « التصحيح »[4] ، **وأصحُّهما كما في « أصل الروضة » : لا يُشترَط**[5] ، والإطلاق محمولٌ على المبادرة ؛ لأنها الغالب .

* * *

(١) في الأصل : (فيبنيان) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٣٤) .

(٢) في الأصل : (وإن لم) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٥٤٥) ، المحرر (٣/١٥٨٣) .

(٤) أي : سكت عنه ؛ فكل ما سكت عنه النووي في « تصحيحه » من عبارة « التنبيه » . . فهو إقرار له .

(٥) روضة الطالبين (٧/٩٤) ، وانظر « الشرح الكبير » (١٢/٢٠١) .

فَٱلْمُحَاطَّةُ : أَنْ يَحُطَّ أَكْثَرُهُمَا إِصَابَةً مِنْ عَدَدِ ٱلْآخَرِ ، فَيَفْضُلَ لَهُ عَدَدٌ مَعْلُومٌ يَتَّفِقَانِ عَلَيْهِ فَيَنْضُلَهُ بِهِ . . . .

فإن قيل : المناضلة هي الرمي ، فكيف جُعِل الشيء نوعاً لنفسه ؟

أُجيب : بأن لفظ المناضلة يقع على الرمي مطلقاً ، وعلىٰ نوعٍ مخصوصٍ ، وقد [فسَّر ذٰلك فقال][1] : (**فالمحاطَّة : أن يحطَّ أكثرهما إصابةً من عدد الآخر ، فيفضل له عددٌ معلومٌ يتَّفقان عليه فينضله به**) قال النووي في « تحريره » : (وهٰذه العبارة ممَّا تُستشكَل ، وليست شديدة الإشكال ، **وشرحها** : أن لفظة « من » بمعنىٰ : عوض ؛ كما في قوله تعالىٰ : ﴿ أَرَضِيتُم بِٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا مِنَ ٱلْأَخِرَةِ ﴾[2] ؛ أي : بدل الآخرة وعوضها ، ومنه قولهم : عوضت فلاناً من دراهمه ثوباً ؛ أي : بدلها ، ومعنىٰ كلام المصنِّف : **المحاطة** : أن يحطَّ ؛ أي : يسقط أكثرهما إصابةً من إصاباته مثل عدد إصابات الآخر ؛ **مثاله** : قالا : يرمي كلُّ واحدٍ عشرين سهماً ، وتُضمُّ الإصابات بعضها إلىٰ بعضٍ ، فمن فضل له خمسةٌ مثلاً . . فهو ناضلٌ)[3] ، ولو زادت إصابة أحدهما علىٰ إصابة الآخر خمسةً قبل تمام الرمي . . لزمه إتمامه ؛ لجواز أن يصيب الآخر فيما بقي ما يخرج به زيادة ذاك عن كونها خمسة .

نعم ؛ إن لم يرج بالتمام الدفع عن نفسه ؛ كما لو رمىٰ أحدهما في المثال خمسةَ عشرَ فأصابها ، ورمى الآخر خمسةَ عشرَ فأصاب منها خمسةً . . فلا

(١) في الأصل : (فسَّره بذٰلك) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٢) سورة التوبة : (٣٨) .

(٣) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩) .

وَٱلْمُبَادَرَةُ : أَنْ يَشْرِطَا إِصَابَةَ عَشَرَةٍ مِنْ عِشْرِينَ ، فَيَبْدُرَ أَحَدُهُمَا إِلَىٰ إِصَابَةِ ٱلْعَشَرَةِ ، فَيَنْضُلُ صَاحِبَهُ . . . .

يلزم إتمام الرمي ؛ كما سيأتي ؛ لعدم فائدته ، فإنه لو أصاب في الخمسة الباقية . . لم يخرج الناضل عن كونه زاد عليه بخمسةٍ .

* * *

(**والمبادرة : أن يشرطا**) مثلاً (**إصابة عشرةٍ من عشرين ، فيبدر أحدهما**) أي : يسبق (**إلىٰ إصابة العشرة**) مع استوائهما في العدد المرمي به ، (**فينضلُ**) بالرفع (**صاحبه**) ويستحقُّ المال المشروط في العقد ، فلو أصاب كلُّ واحدٍ منهما عشرةً . . فلا ناضل ، وإن أصاب أحدهما عشرةً من عشرين ورمى الآخر تسعةَ عشرَ وأصاب تسعةً . . فلا ناضل ، بل لا بدَّ أن يتمَّ العشرين ؛ لجواز أن يصيب في الباقي فلا يكون الأول ناضلاً .

وعن هٰذه الصورة احترزنا بقولنا تبعاً لـ « أصل الروضة » : (مع استوائهما في العدد المرمي به)[1] ؛ لأن الأول بدر لٰكن لم يستويا بعدُ .

ولو أصاب الآخر من التسعةَ عشرَ ثمانية[2] . . لم يتم العشرين ، وصار منضولاً ؛ ليأسه من المساواة مع الاستواء في رمي عشرين .

* * *

(١) روضة الطالبين (٧/٩٤) .

(٢) قوله : (ثمانية) عبارة « أسنى المطالب » (٤/٢٣٤) ، و« فتح الوهاب » (٢/١٩٥) : (ثلاثة) وكلاهما صحيح ، وإنما اختلفا ؛ لاختلاف المثال على المبادرة ، ففيهما : (فلو شرطا أن من سبق إلىٰ خمسة من عشرين فله كذا . . .) إلىٰ آخره ، وصورة المسألة هنا : إذا اشترطا إصابة عشرة من عشرين ، والله أعلم بالصواب .

وَٱلْمُنَاضَلَةُ : أَنْ يَشْرِطَا إِصَابَةَ عَشَرَةٍ مِنْ عِشْرِينَ عَلَىٰ أَنْ يَسْتَوْفِيَا جَمِيعاً ، فَيَرْمِيَانِ مَعاً جَمِيعَ ذَٰلِكَ ؛ فَإِنْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ٱلْعَشَرَةَ أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ . . أَحْرَزَا سَبَقَهُمَا ، وَإِنْ أَصَابَ أَحَدُهُمَا دُونَ ٱلْعَشَرَةِ ، فَأَصَابَ ٱلْآخَرُ ٱلْعَشَرَةَ أَوْ فَوْقَهَا . . فَقَدْ نَضَلَهُ . . . .

(والمناضلة : أن يشرطا إصابة عشرةٍ من عشرين علىٰ أن يستوفيا جميعاً) العشرين **(فيرميان)** قال النووي/ في « تحريره » : (هـٰكذا هو في النسخ بالنون ، والوجه : حذفها ؛ لأنه معطوفٌ علىٰ « يستوفيا »)[1] ، **(معاً جميع ذٰلك ؛ فإن أصاب كل واحدٍ منهما العشرة أو أقلَّ أو أكثر . . أحرزا سبقهما ، وإن أصاب أحدهما دون العشرة ، فأصاب الآخر العشرة أو فوقها . . فقد نضله)** .

٤٩٦/ب

* *

وذكر الأصحاب نوعاً يُسمَّى **الحَوابِي** ؛ وهو : أن يشرطا إصابة عددٍ علىٰ أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بَعُد من إصابة الآخر ، فمن فضل له بعد ذٰلك من الإصابة ما اتَّفقا عليه . . فقد نضل ؛ **مثاله** : إذا أصاب أحدهما موضعاً بينه وبين الغرض شبرٌ . . حُسِب له ، فإذا أصاب الآخر موضعاً بينه وبينه إصبعٌ . . حُسِب له ، وسقط الأوَّل ، فإن عاد الأوَّل وأصاب الغرض . . حُسِب له وسقط الثاني .

ولو أصاب الأول الشنَّ ، وأصاب الثاني الرقعة التي في وسطه . . قال الإمام الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه : (**فالقياس عندي** : أنهما سواء ؛ لأن الشن كله موضع الإصابة)[2] .

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٩) .

(٢) الأم (٤/٢٤٥) .

وَأَنْ يَكُونَ ٱلْبَادِئُ مِنْهُمَا مَعْلُوماً ، وَقِيلَ : إِنْ شُرِطَ ذَٰلِكَ . . وَجَبَ ٱلْوَفَاءُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُشْرَطْ . . جَازَ ، وَإِنْ تَشَاحَّا . . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، وَيَرْمِيَانِ سَهْماً سَهْماً ، وَإِنْ شُرِطَ أَنْ يَرْمِيَ أَحَدُهُمَا بِجَمِيعِ سِهَامِهِ . . حُمِلَا عَلَى ٱلشَّرْطِ . وَأَنْ تَكُونَ صِفَةُ ٱلرَّمْيِ مَعْلُومَةً ؛ مِنَ ٱلْقَرْعِ ، وَٱلْخَزْقِ ، وَٱلْخَسْقِ ، وَٱلْمَرْقِ ، وَٱلْخَرْمِ . . .

(**وأن يكون البادئ منهما**) بالرمي (**معلوماً**) لاشتراط الترتيب بينهما فيه ؛ حذراً من اشتباه المصيب بالمخطئ ؛ كما لو رميا معاً ، فإن لم يبيّناه . . فسد العقد ؛ لأن أحدهما ليس أولىٰ من الآخر بالبداءة ، ولا سبيل إلى القرعة ؛ لأن هٰذا العقد مبناه على النشاط وقوة النفس ، وفي خروج القرعة لأحدهما كسر قلب الآخر فيسوء رميه .

(**وقيل : إن شرط ذٰلك . . وجب الوفاء به ، وإن لم يشرط . . جاز**) ويتراضيان بمن يبدأ ، (**وإن تشاحّا . . أُقرِع بينهما**) لأنها تقطع النزاع .

(**ويرميان سهماً سهماً**) عند الإطلاق ؛ لأنه المتعارف (**وإن شُرِط أن يرمي أحدهما بجميع سهامه**) أو أربع نوبٍ كل نوبةٍ خمسة أسهمٍ . . (**حُمِلا على الشرط**) [عملاً] بمقتضاه .

* * *

(**وأن تكون صفة الرمي معلومةً**) **فإن قيل** : كان الأَولىٰ أن يقول : (صفة الإصابة) لأن الأشياء المذكورة صفة الإصابة لا صفة الرمي .

أُجيب : بأنها لـمَّا كانت من توابع الرمي ومتعلِّقاته . . أُطلِق عليها اسمه مجازاً .

(**من القرع ، والخزق ، والخسق ، والمرق ، والخرم**) والحوابي والخرق ؛

فَٱلْقَرْعُ : إِصَابَةُ ٱلشَّنِّ ، وَٱلْخَزْقُ : أَنْ يَخْدِشَ ٱلشَّنَّ وَلَا يَثْبُتَ فِيهِ ، وَٱلْخَسْقُ : أَنْ يَثْبُتَ فِيهِ ، وَٱلْمَرْقُ : أَنْ يَنْفُذَ مِنْهُ . . . .

لاختلاف الغرض به ، فإن أطلقا العقد . . كفىٰ ، واقتضى القرع ؛ لأنه المتعارف وإن أقرَّ النووي الشيخ في « التصحيح » على الاشتراط [1]

* * *

(فالقَرْع) بفتح القاف وإسكان الراء : (إصابة الشَّنِّ) ـ وهو بفتح الشين : الغرض ، وأصله : الجلد البالي ، وقيل : هو جلدةٌ تُلصَق علىٰ وجه الهدف ـ بلا خدشٍ له .

(والخَزْق) بفتح الخاء المعجمة وإسكان الزاي : (أن يخدش الشنَّ ولا يثبت فيه) بأن يعود .

(والخَسْق) بفتح الخاء المعجمة وإسكان السين المهملة : (أن يثبت فيه) ولو مع خروج بعض النصل ، أو مع وقوعه في ثقبٍ قديمٍ وله قوةٌ ؛ بحيث يخرق لو أصاب موضعاً صحيحاً ، والمراد : أنه كافٍ ، فلا يضرُّ/ ما فوقه ويضرُّ ما دونه ، ولا يضرُّ سقوطه بعدما ثبت ؛ كما لو نزع . ٤٩٧/أ

(والمَرْق) بفتح الميم وسكون الراء : (أن ينفذ منه) أي : يخرج من الجانب الآخر .

---

(١) أي : سكت عنه ؛ فكل ما سكت عنه النووي في « تصحيحه » من عبارة « التنبيه » . . فهو إقرار له .

وَٱلْخَرْمُ : أَنْ يَقْطَعَ طَرَفَ ٱلشَّنِّ ، وَيَكُونَ بَعْضُ ٱلنَّصْلِ فِي ٱلشَّنِّ وَبَعْضُهُ خَارِجَهُ ؛ فَيُحْمَلَانِ عَلَىٰ مَا شَرَطَا . وَإِنْ شُرِطَ إِصَابَةُ مَا حَوَالَيِ ٱلشَّنِّ ، فَأَصَابَ ٱلشَّنَّ أَوْ بَعِيداً مِنْهُ . . . .

(**والخَرْم**) بفتح الخاء المعجمة وإسكان الراء : (**أن يقطع طرف الشَّنِّ ، ويكون بعض النصل في الشَّنِّ وبعضه خارجه**) .

* * *

والحوابي ـ بالحاء المهملة والباء الموحدة : جمع حابٍ ، من حبا الصبي ـ : أن يرمي علىٰ أن يسقط الأقرب للغرض الأبعد منه ؛ كما مرَّ (١) .

والخرق : بالراء ؛ وهو : أن يثقب الشَّنَّ فقط .

(**فيحملان علىٰ ما شرطا**) من ذٰلك ؛ عملاً بالشرط .

* * *

ولو شرط قرع عشرةٍ من عشرين ، وأن يُحسَب خاسقُ كلٍّ منهما بقارعَينِ . . جاز ، وحُمِلا عليه .

ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الإصابة ، ولا في عدد الرشق ، ولا صفة الإصابة ، ولا في محلِّها ، ولا أن يتقدَّم أحدهما في الموقف ، فإن شُرِط شيءٌ من ذٰلك . . لم يصح العقد .

* * *

(**وإن شرط إصابة ما حوالي الشنِّ ، فأصاب الشنَّ [أو بعيداً منه]**) . .

---

(١) انظر ما تقدم قريباً (٥/٥٠٣) .

لَمْ يُحْسَبْ لَهُ . وَإِنْ شُرِطَ ٱلْخَسْقُ وَفِي ٱلْغَرَضِ حَصَاةٌ مَنَعَتْ مِنَ ٱلْخَسْقِ ، فَخَرَقَ ٱلسَّهْمُ وَسَقَطَ . . حُسِبَ لَهُ خَاسِقاً . . . .

لم يُحسَب له) لفقد الشرط ، (**وإن شرط الخسق وفي الغرض حصاةٌ منعت من الخسق ، فخرق السهم وسقط . . حُسِب له خاسقاً**) **لأن المقصود** : إصابة الغرض وقد حصلت ، ولو ادَّعى الرامي منع الحصاة ونازعه رسيله (١) ؛ فإن كانت موجودةً في موضع الإصابة . . ففي المُصَدَّق [منهما] (٢) **وجهان** ، وينبغي تصديق الرامي ، وإن كانت في غير موضع الإصابة . . صُدِّق رسيله بغير يمينٍ .

ولو لم يعرف موضع الإصابة ؛ فإن كانت الحصاة موجودةً . . صُدِّق رسيله بيمينه ، وإذا حلف . . لم يُحسَب للرامي ، وهل يُحسَب عليه ؟ **وجهان** ؛ **أصحُّهما** : لا ، وإن لم يكن ثَمَّ حصاةٌ . . صُدِّق رسيله بلا يمينٍ ، وحُسِب على الرامي .

فرع

في النكبات التي تطرأ عند الرمي وتشوشه

والأصل : أن السهم متىٰ وقع متباعداً عن الغرض تباعُداً مفرطاً ؛ إما مقصراً عنه ، أو مجاوزاً له ؛ فإن كان ذٰلك لسوء الرمي . . حُسِب على الرامي ، ولا يُرَدُّ إليه السهم ليرمي به ، وإن كان لنكبةٍ عرضت ، أو خللٍ في آلة الرمي بلا تقصيرٍ منه . . لم يُحسَب عليه .

---

(١) وهو الموافِق للرامي في النِّضال .

(٢) في الأصل : (منها) ، والتصويب من سياق عبارة « كفاية النبيه » (١١/٣٦٧) .

وَإِنِ ٱنْقَطَعَ ٱلْوَتَرُ ، أَوِ ٱنْكَسَرَ ٱلْقَوْسُ ، أَوِ ٱسْتَغْرَقَ فِي ٱلْمَدِّ فَسَقَطَ ، أَوْ عَرَضَتْ رِيحٌ شَدِيدَةٌ فَرَمَىٰ فَأَخْطَأَ . . لَمْ يُحْسَبْ عَلَيْهِ ، وَإِنْ هَبَّتْ رِيحٌ شَدِيدَةٌ فَرَمَىٰ فَأَصَابَ . . لَمْ يُحْسَبْ لَهُ . . . .

(**وإن انقطع الوتر ، أو انكسر القوس**) أو السهم بلا تقصيرٍ منه ، بل لضعف الآلة ونحوه ، فلم يصب ، أو حدثت في يده علّةٌ أخلَّت بالرمي ، أو اعترض في مرور السهم حيوانٌ منعه ، (**أو استغرق في المدِّ**) أي : مدِّ القوس كثيراً حتىٰ خرج السهم من الجانب الآخر (**فسقط ، أو عرضت**) أي : هبَّت (**ريحٌ شديدةٌ**) مع ابتداء الرمي (**فرمىٰ فأخطأ . . لم يُحسَب عليه**) ذٰلك الرمي ، فيعيده ؛ لأنه معذورٌ .

ويُحسَب له إن أصابَ في غير عروض الريح المقارنة ابتداءً ؛ لأن الإصابة مع النكبة تدلُّ علىٰ جودة الرمي ، أما في عُروضها . . فلا يُحسَب له إذا أصاب ؛ كما قال : (**وإن هبَّت ريحٌ شديدةٌ فرمىٰ فأصاب . . لم يُحسَب له**) لقوة تأثيرها ، فإن كان ذٰلك بتقصيرٍ منه . . حُسِب عليه ليتعلَّم ، ولا يُحسَب عليه لو هجمت الريح الشديدة في مرور السهم فأخطأ ، ويُحسَب له إن أصاب ؛ كما في السهم المزدلف .

* * *

ولو انكسر السهم نصفَينِ بلا تقصيرٍ ، فأصاب إصابةً شديدةً بالنصف الذي فيه النصل / لا غيره . . حُسِب له ؛ لأن اشتداده مع الانكسار يدلُّ علىٰ جودة الرمي وغاية الحِذْق فيه ، بخلاف إصابته بالنصف الآخر ، لا يُحسَب له ؛ كما لو لم يكن انكسارٌ . ٤٩٧/ب

وَإِنِ ٱنْتَقَلَ ٱلْغَرَضُ بِٱلرِّيحِ فَأَصَابَ مَوْضِعَهُ ، وَٱلشَّرْطُ هُوَ ٱلْقَرْعُ . . حُسِبَ لَهُ . فَإِنْ كَانَ ٱلشَّرْطُ ٱلْخَسْقَ ، فَثَبَتَ ٱلسَّهْمُ فِي ٱلْمَوْضِعِ ، وَٱلْمَوْضِعُ فِي صَلَابَةِ ٱلْغَرَضِ . . حُسِبَ لَهُ . . . .

فإن أصاب إصابةً ضعيفةً . . **فظاهر كلام « الروضة »** : أنه لا يُحسَب [١] ، **والأوجَهُ** ـ كما قال شيخنا شيخ الإسلام زكريا ـ : أنه يُحسَب [٢] ، ولو أصاب بالنصفَينِ . . حُسِب ذٰلك إصابة واحدة ؛ كالرمي دفعةً بسهمَينِ إذا أصاب بهما .

❊

ولو رمى السهم مائلاً أو مسامتاً والريح لينةٌ ، فردَّته إلى الغرض فأصاب بردِّها . . حُسِب له ، أو صرفته عنه فأخطأ بصرفها . . حُسِب عليه ؛ لأنَّ الجوَّ لا يخلو عن الريح اللينة غالباً ، ولضعف تأثيرها في السهم مع سرعة مروره ، فلا اعتداد بها .

ولو رمىٰ رمياً ضعيفاً ، فقوَّته الريح اللينة فأصاب . . حُسِب له ؛ كما في « أصل الروضة » [٣]

❊

(**وإن انتقل الغرض بالريح فأصاب موضعه ، والشرط هو القرع . . حُسِب له**) لأنه لو استمرَّ مكانه . . لقرعه ، (**فإن كان الشرط الخسق ، فثبت السهم في الموضع ، والموضع في صلابة الغرض . . حُسِب له**) لأنه لو استمرَّ مكانه . . لخسقه .

---

(١) روضة الطالبين (٧/١١١) .

(٢) أسنى المطالب (٤/٢٣٨) .

(٣) روضة الطالبين (٧/١١٢) ، وانظر « الشرح الكبير » (١٢/٢٢١) .

وَإِنْ أَصَابَ ٱلسَّهْمُ ٱلْأَرْضَ ، فَٱزْدَلَفَ فَأَصَابَ ٱلْغَرَضَ . . حُسِبَ لَهُ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَلَمْ يُحْسَبْ لَهُ وَلَا عَلَيْهِ فِي ٱلْقَوْلِ ٱلْآخَرِ . وَإِنْ شُرِطَ ٱلرَّمْيُ عَنِ ٱلْقِسِيِّ ٱلْعَرَبِيَّةِ أَوِ ٱلْفَارِسِيَّةِ ، . . . .

(وإن أصاب السهم الأرض ، فازدلف [1] فأصاب الغرض . . حُسِب له في أحد القولين) **وهو الأظهر** ؛ لأنه أصاب الغرض بالرمية التي أرسل بها .

(ولم يُحسَب له ولا عليه في القول الآخر) للشكِّ ، ويجريان فيما إذا أصاب شجرةً أو حائطاً ثم أصاب الغرض ، أما إذا ازدلف فأخطأ . . فإنه يُحسَب عليه .

ولو ارتفع السهم ثم نزل فأخطأ . . حُسِب عليه ، وإن أصاب . . حُسِب له في أحد وجهين **يظهر ترجيحه** .

* * *

ولا يُشترَط تعيين قوسٍ وسهمٍ ؛ لأن العمدة على الرامي ، فإن عُيِّن شيءٌ منهما . . لغا ، وجاز إبدال المعيَّن بمثله من نوعه وإن لم يحدث فيه خللٌ يمنع استعماله ، بخلاف المركوب ؛ كما مرَّ [2] .

وإن شرط منع إبداله . . فسد العقد ؛ لفساد الشرط بالتضييق فيه على الرامي ؛ فإنه قد يعرض له أحوالٌ خفيةٌ تحوجه إلى الإبدال .

* * *

(وإن) عيَّنا نوعاً ؛ كأن **(شرط الرمي عن القسي العربية أو الفارسية ،**

---

(1) **ازدلف** : انتقل ووثب . انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٣٠) .

(2) انظر ما تقدم (٥/٤٩٢) .

أَوْ أَحَدُهُمَا يَرْمِي بِٱلْعَرَبِيَّةِ وَٱلْآخَرُ بِٱلْفَارِسِيَّةِ . . حُمِلَا عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَطْلَقَا ٱلْعَقْدَ . . حُمِلَا عَلَىٰ نَوْعٍ وَاحِدٍ . وَإِنْ تَلِفَ ٱلْقَوْسُ . . أُبْدِلَ ، وَإِنْ مَاتَ ٱلرَّامِي . . بَطَلَ ٱلْعَقْدُ ، وَإِنْ . . . .

أو أحدهما يرمي بالعربية والآخر بالفارسية . . حُمِلا عليه) عملاً بالشرط ، ولا يُبدَل نوعٌ بنوعٍ آخر إلا بتراضٍ منهما ، ولا يُشترَط تعيين نوعٍ في العقد ، ويتراضيان بعده علىٰ نوع مثلاً .

(**وإن أطلقا العقد**) أي : لم يعيّنا فيه نوعاً . . صحَّ وإن لم يكن في ذٰلك الموضع عرفٌ ، خلافاً لِمَا وقع في « الكفاية » من أنه إن لم يكن عرفٌ . . بطل العقد[1] ، ولا يُشترَط تعيين نوعٍ فيه ، و(**حملا علىٰ نوعٍ واحدٍ**) مثلاً يتراضيان عليه .

☼ ☼

(**وإن تلف القوس . . أُبدِل**) بمثله من نوعه ، وكذا يجوز إبداله من نوعه وإن لم يتلف ؛ لأن العمدة على الرامي ؛ كما مرَّ ، ولا يُبدَل بأجود منه قطعاً ، ولا بما دونه **على الأصح** إلا برضا رسيله .

(**وإن مات الرامي**) أو ذهبت يده مثلاً . . (**بطل العقد**) لتعذُّر المقصود ، فشابه فوات المبيع قبل القبض .

☼ ☼

١/٤٩٨ (**وإن**) [عقدا][2] علىٰ رمي / عددٍ كثيرٍ علىٰ أن يرمي كلٌّ منهما كل

(١) كفاية النبيه (١١/٣٧٢) .

(٢) في الأصل : (عقد) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤/٢٣٤) .

عَرَضَ عُذْرٌ ؛ مِنْ مَطَرٍ أَوْ رِيحٍ أَوْ لَيْلٍ . . جَازَ قَطْعُ ٱلرَّمْيِ .

يومٍ بكرةً كذا [وعشية][1] كذا . . وجب عليهما الوفاء بذٰلك ؛ بألَّا يتفرَّقا كل يومٍ حتىٰ يستوفيا المشروط فيه ، فإن (**عرض عذرٌ ؛ من مطرٍ أو ريحٍ**) عاصفةٍ (**أو ليلٍ**) ولم يشرطا باقي الرمي فيه . . (**جاز قطع الرمي**) أي : تأخيره للعذر ، ثم يرميان علىٰ ما مضىٰ في ذٰلك اليوم أو بعده إذا زال العذر .

ويجوز شرط الرمي في جميع النهار ، فلا يتركانه إلا وقت الطهارة والصلاة والأكل ونحو ذٰلك ، فهٰذه الأوقات تقع مستثناةً ؛ كما في الإجارة ، ولو أطلقا ولم يبيِّنا وظيفة كل يومٍ . . فكذٰلك الحكم .

ويجوز لهما ترك الرمي بالتراضي ، وبعذر مطرٍ وريحٍ عاصفةٍ ومرضٍ ونحو ذٰلك ، لا حرٍّ وريحٍ خفيفَينِ ، فإن شرطا رمي الباقي ليلاً . . لزم ، والقمر قد يكفي ضوءه ، فإن لم يكن قمرٌ . . فشمعةٌ مثلاً يكفي ضوءها إن وجداها ، وإلا . . فيرميان من الغد .

خاتمة

[في حكم حثِّ الفرس بالسوط وتحريك اللِّجام والصياح]

لكلٍّ من المتسابقَينِ أن يحثَّ فرسه بالسَّوط ، وتحريك اللِّجام ، ولا يجلب عليه بالصياح ليزيد عَدْوه ؛ لخبر : « لا جلب ولا جنب »[2] ، وفي

---

(١) في الأصل : (أو عشية) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٧/٩٥) .

(٢) أخرجه ابن خزيمة (٢٢٨٠) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما ، وابن حبان (٣٢٦٧) عن سيدنا عمران بن حصين رضي الله عنهما .

روايةٍ رواها أبو داوود : « لا جلب ولا جنب في الرِّهان »[1]

قال الرافعي : (وذكر في معنى الجنب : أنهم كانوا يجنبون الفرس حتىٰ إذا قاربوا الأمد . . تحوَّلوا على المركوب الذي كدَّه بالركوب إلى الجنيبة[2] ، فنُهوا عنه)[3]

ولو رمىٰ أحدهما بلا استئذانِ صاحبه فأصاب . . حُسِب له في أحد وجهين **يظهر ترجيحه** .

ويستحبُّ أن يكون عند الغرض شاهدان يشهدان علىٰ ما وقع من إصابةٍ أو خطأً ، وليس لهما أن يمدحا المصيب ، ولا أن يذمَّا المخطئ ؛ لأن ذٰلك يخلُّ بالنشاط[4]

❋ ❋ ❋

---

(١) سنن أبي داوود (٢٥٧٤) عن سيدنا عمران بن حصين رضي الله عنهما .

(٢) كدَّه ـ بالدال ـ أي : أتعبه ، قال البجيرمي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته على الخطيب » (٢٩٧/٤) : (وفي نسخة : كرَّه ـ بالراء ـ فتأمل . انتهىٰ شيخنا ، قوله : « الذي كره » أي : كلٌّ منهما ؛ أي : أقبل به علىٰ مطلوبه ؛ فالكرُّ مقابل الفرِّ) .

(٣) الشرح الكبير (٢٢٦/١٢) .

(٤) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالمدينة المنورة برباط العجمي) .

بابُ إحياء الموات وتملّك المباحات

(باب) بيان حكم (إحياء الموات [وتملُّك][1] المباحات)

والأصل فيه قبل الإجماع : أخبارٌ ؛ كخبر ابن عمر : « من عمر أرضاً ليست لأحدٍ . . فهو أحقُّ بها » رواه البخاري[2]

وخبر : « من أحيا أرضاً ميتةً . . فهي له ، وليس لعرق ظالمٍ حقٌّ » رواه الترمذي وحسَّنه[3] ، ورُوي العرق مضافاً ، وروي منوناً ، وصوَّبه [أبو] الطيب[4]

والعرق أربعةٌ : البناء ، والغراس ، والبئر ، والنهر .

ولأن ما لم يجرِ عليه أثر ملكٍ : حيوانٌ وأرضٌ ، فلَمَّا ملك الحيوان من ظهر عليه بالاصطياد . . ملك [موات] الأرض من ظهر عليها بالإحياء .

* * *

والإحياء مستحبٌّ لخبر : « من أحيا أرضاً ميتةً . . فله فيها أجرٌ ، وما أكلتِ العوافي ـ أي : طلَّاب الرزق من طيرٍ أو وحشٍ أو غيره ـ منها . . فهو صدقةٌ » رواه النسائي وغيره ، وصحَّحه ابن حبان[5]

---

(١) في الأصل : (وتمليك) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٣٥) لكن عن سيدتنا أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها .

(٣) سنن الترمذي (١٣٧٨) عن سيدنا سعيد بن زيد رضي الله عنه .

(٤) تعليقة الطبري (ق ٦/٨٦) مخطوط .

(٥) صحيح ابن حبان (٥٢٠٤) ، وأخرجه النسائي في « السنن الكبرىٰ » (٥٧٢٥) ، وأحمد (٣/٣٢٦ ـ ٣٢٧) عن سيدنا جابر بن عبد الله رضي الله عنهما .

مَنْ جَازَ أَنْ يَمْلِكَ ٱلْأَمْوَالَ . . جَازَ أَنْ يَمْلِكَ ٱلْمَوَاتَ بِٱلْإِحْيَاءِ . . . . . .

[تعريف الموات وأقسامه]

والموات : قال الماوردي والروياني : (هو عند الإمام الشافعي : ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامرٍ ، قَرُب من العامر أو بَعُد عنه)[١]

وهو ـ كما قال ابن الرفعة ـ **قسمان** :

٤٩٨/ب **أصليٌّ** ؛ وهو : ما لم يعمر قطُّ ، ولا هو حريمٌ لمعمورٍ/.

وطارئٌ ؛ وهو : ما خرب بعد عمارة الجاهلية[٢] ، ولا يُشترَط في [نفي][٣] العمارة التحقُّق ، بل يكفي عدم تحقُّقها ؛ بألَّا يرىٰ أثرها ولا دليل عليها من أصول شجرٍ ونهرٍ وجدرٍ وأوتادٍ ونحوها .

❊ ❊ ❊

(**من جاز أن يملك الأموال**) من مكلَّفٍ وغيره من المسلمين . . (**جاز أن يملك الموات بالإحياء**) لأنه يُملَك بفعلٍ ، فأشبه الاصطياد ، سواء أذن فيه الإمام أم لا ؛ اكتفاءً بإذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لٰكن يستحبُّ استئذانه ؛ خروجاً من الخلاف .

نعم ؛ لو حمى الإمام قطعةً من الموات ، فأحياها شخصٌ . . لم يملكها إلا بإذن الإمام ؛ لِمَا فيه من الاعتراض على الأئمة .

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٣٢٥) ، وانظر « بداية المحتاج في شرح المنهاج » (٢/٤٢٩) .

(٢) المطلب العالي (ق ١٤/١٣) مخطوط .

(٣) في الأصل : (سقي) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٤٤) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٦٤) .

وَلَا يَجُوزُ لِلْكَافِرِ ٱلْإِحْيَاءُ فِي دَارِ ٱلْإِسْلَامِ . . . .

وخرج الرقيق ؛ فإنه لا يملك الأموال على الجديد[(١)] ، فإذا أحيا . . ملكه سيده وإن لم يأذن له فيه .

* * *

(ولا يجوز للكافر) ولو ذمّياً (الإحياء في دار الإسلام) وإن أذن فيه الإمام ؛ لأنه استعلاءٌ ، وهو ممتنعٌ عليه بدارنا[(٢)] ، فلو أحيا ذمّيٌّ أرضاً ميتةً بدارنا . . نُزِعت منه ؛ لأنه لم يملكها بالإحياء ، ولا أجرة عليه ؛ لأن الأرض ليست ملكَ أحدٍ ، وهو ساكنٌ في دارنا بالأجرة ، فلو نزعها مسلمٌ وأحياها ولو بغير إذن الإمام . . ملكها ؛ إذ لا أثر لفعل الذمّي ، فإن بقي له فيها عينٌ . . نقلها .

فلو زرعها الذمّي وتركها تبرُّعاً . . صرف الإمام الغلَّة في مصالح المسلمين ، ولا يحلُّ لأحدٍ تملُّك الغلَّة ؛ لأنها ملك المسلمين .

* * *

وللذمّي والمستأمن الاحتطابُ والاحتشاشُ والاصطيادُ بدارنا ، ونقل ترابٍ لا ضرر فيه علينا من مواتٍ بدارنا ؛ لأنها [تخلف][(٣)] ولا نتضرَّر بها ، بخلاف إحياء الموات ؛ فإنهما بالإحياء يصيران مالكَينِ لأصل دارنا ، وهما ليسا بأصليَّينِ فيها .

---

(١) الأم (٧/٢٢٦) .

(٢) وقال السبكي : (عن الجوري ـ بضم الجيم ـ من أصحابنا : إن موات الأرض كان ملكاً للنبي صلى الله عليه وسلم ، ثم ردَّه علىٰ أمته) « إقناع » [٢/٢٤] . هامش .

(٣) في الأصل : (تختلف) ، والتصويب من هامش الأصل .

وَيَمْلِكُ فِي دَارِ ٱلشِّرْكِ ، وَكُلُّ مَوَاتٍ لَمْ يَجْرِ عَلَيْهِ أَثَرُ مِلْكٍ وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصْلَحَةِ عَامِرٍ . . جَازَ تَمَلُّكُهُ بِٱلْإِحْيَاءِ ، وَمَا جَرَىٰ عَلَيْهِ أَثَرُ مِلْكٍ وَلَا يُعْرَفُ لَهُ مَالِكٌ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي دَارِ ٱلْإِسْلَامِ . . لَمْ يُمْلَكْ بِٱلْإِحْيَاءِ . . . .

أما الحربي . . فليس له شيءٌ من ذٰلك ، قال المتولي : (إلا أنه إذا أخذه . . ملكه)[١]

[(ويَملك في دار الشرك) لأنه من حقوق دارهم ولا ضرر علينا فيه ، فيملكونه بالإحياء كالصيد .

❊ ❊ ❊

(وكل مواتٍ لم يجر عليه أثر ملكٍ ولم يتعلَّق بمصلحة عامرٍ) بأن لم يكن حريماً له . . (جاز تملُّكه بالإحياء) بخلاف حريم العامر فلا يجوز تملُّكه بالإحياء ؛ لأنه ملك المالك العامر (وما جرىٰ عليه أثر ملك) بأن يرىٰ عليه أثر عمارةٍ (ولا يُعرَف له مالكٌ ؛ فإن كان في دار الإسلام . . لم يُملَك بالإحياء) لقوله عليه الصلاة والسلام : « من عمر أرضاً ليست لأحدٍ . . فهو أحقُّ بها » رواه البخاري[٢] ؛ ولأنها إما لوارثٍ أو لبيت المال][٣]

(١) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (٢/٧٩١) .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٣٥) عن سيدتنا أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، وقد تقدم قريباً (٥/٥١٤) .

(٣) قول المصنف : (ويملك في دار الشرك ، وكل موات لم يجر عليه أثر . . . لم يملك بالإحياء) لم نجد له شرحاً في النسخة المعتمدة في التحقيق ، وشرحه مهم ، وقد استقينا شرحه من « كفاية النبيه » (١١/٣٧٩) ، و« غنية الفقيه » (ق ٢/٣٧٨ ـ ٣٧٩) مخطوط ، و« شرح التنبيه » للسيوطي (٢/٣١) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٦٥) ، وسيأتي ما ذكر بمعناه عند الشارح رحمه الله تعالىٰ عند قوله : (وما كان معموراً . . .) إلىٰ قوله : (لم نملكها بالإحياء) ، والله أعلم بالصواب .

وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ ٱلشِّرْكِ . . فَقَدْ قِيلَ : يُمْلَكُ ، وَقِيلَ : لَا يُمْلَكُ . . . .

(**وإن كان**) الموات (**في دار الشرك**) دار حربٍ وغيرها . . (**فقد قيل**) **وهو الأصح** : (**يملك**) بالإحياء ؛ لأنها من حقوق [دارهم][1] ، ولا ضرر علينا في إحيائها ، فيتملَّكونها بالإحياء كالاصطياد .

(**وقيل : لا يُملَك**) بالإحياء لهم ؛ لجواز كونه لمن لم تبلغه الدعوة وقد ورثه مسلمٌ ، أو لكافرٍ لا يحلُّ ماله .

* * *

وللمسلم إحياؤها أيضاً إن لم يدفعونا عنها ؛ كموات دارنا ، ولا يملكها بالاستيلاء ؛ لأنها غير مملوكةٍ لهم حتىٰ تُملَك عليهم ، فإن دفعونا عنها . . لم نملكها بالإحياء ؛ كالمعمور من بلادهم .

وإذا استولينا عليها وهم [يدفعوننا][2] عنها . . فالغانمون أحقُّ بإحياء أربعة أخماسها ، وأهل الخمس بإحياء الخُمْس ، وكذا بعضُ كلٍّ ممَّن ذُكِر أحقُّ بالباقي إن أعرض عنه البعض الآخر ، فإن أعرض كل الغانمين عن إحياء ما يخصُّهم . . فأهل الخمس أحقُّ به كالمتحجِّر ؛ لأنهم شركاؤهم .

* * *

فإن صالحونا علىٰ أن البلد لنا ، وهم يسكنون بجزيةٍ . . فالمعمور منها فيءٌ ، ومواتها الذي كانوا [يدفعوننا][3] عنه متحجَّرٌ لأهل الفيء .

---

(١) في الأصل : (دار لهم) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٤٥) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٦٥) .

(٢) في الأصل : (يدفعونا) ، والتصويب من سياق العبارة .

(٣) في الأصل : (يدفعونا) ، والتصويب من سياق العبارة .

1/499 وإن صالحناهم /علىٰ أن الأرض لهم ، أو كانت الأرض أرض الهدنة ؛ كما قاله الزركشي[1] . . فليس لمسلمٍ إحياؤها ؛ كما صرَّح به في « المحرر » وغيره[2] .

فإن فني الذميُّون . . فكنائسهم في دار الإسلام فيءٌ ؛ كسائر أموالهم التي فنوا عنها ولا وارث لهم .

* * *

ويجوز إحياء موات الحرم ؛ كما أن مملوكه يُملَك بالبيع ونحوه دون عرفاتٍ ؛ فلا يجوز إحياؤها وإن كانت من غير الحرم ؛ لتعلُّق حقِّ الوقوف بها وإن لم يُضيَّق به الموقف ، ولا مزدلفة ولا منىً ، فلا يجوز [إحياؤهما][3] ؛ لحقِّ المبيت والرمي وإن لم يُضيَّق به المبيت [والرمي] كسائر المواضع التي تعلَّق بها حقوق المسلمين عموماً أو خصوصاً ؛ كالمساجد والطرق والبقاع الموقوفة علىٰ معيَّنٍ أو غير معيَّنٍ .

قال الإسنوي وغيره : (**والمتَّجه** : المنع من البناء بمزدلفة ولو قلنا بما رجَّحه الرافعي من استحباب المبيت بها ؛ لكونه مطلوباً حينئذٍ ، فينبغي أن يكون المحصَّب كذلك ؛ لأنه يستحبُّ للحجيج إذا نفروا أن يبيتوا فيه)[4]

---

(1) تكملة كافي المحتاج (ق٣/٤٨) مخطوط .

(2) المحرر (٢/٧٨٠) .

(3) في الأصل : (إحياؤها) ، والتصويب من « كنز الراغبين » (٣/١٢٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٦٩) .

(4) المهمات (٦/٢٠٧) .

وَٱلْإِحْيَاءُ : أَنْ يُهَيِّئَ ٱلْأَرْضَ لِمَا يُرِيدُ ؛ . . . .

قال الولي العراقي : (لكنه ليس من مناسك الحج ـ أي : بخلاف المبيت بمزدلفة ـ فمن أحيا شيئاً منه . . ملكه)[1] ، **وهـٰذا هو المعتمد** .

* * *

وما كان معموراً وإن كان الآن خراباً وهو بدارنا . . فلمالكه مسلماً كان أو كافراً ، فإن جُهِل مالكه والعمارة إسلاميةٌ . . فمالٌ ضائعٌ ، الأمر فيه إلىٰ رأي الإمام في حفظه ، أو بيعه وحفظ ثمنه ، أو اقتراضه علىٰ بيت المال إلىٰ ظهور مالكه ؛ كسائر الأموال الضائعة ، وإن كانت العمارة جاهليةً . . مُلِكت بالإحياء كالركاز .

نعم ؛ إن كان ببلادهم وذبُّونا عنه ، وقد صُولِحوا علىٰ أن الأرض لهم . . [لم][2] نملكها بالإحياء .

* * *

والأراضي العامرة إذا لبسها رملٌ أو غرَّقها ماءٌ فصارت بحراً ، ثم زال الرمل أو الماء ؛ فإن عُرِف عليها ملكٌ في الإسلام . . فهي كالعامرة علىٰ ما سبق ، وما ظهر من باطنها . . يكون للمالك الأول ، ولو لبسها الوادي بترابٍ آخر . . فهي بذٰلك التراب له ؛ كما قاله في « الكافي »[3] .

[كيفية الإحياء]

(**والإحياء : أن يهيئ الأرض لِمَا يريد**) لأن ما لا ضابط له في الشرع ولا

---

(١) تحرير الفتاوىٰ (٢/٣٠٠) .

(٢) في الأصل : (ثم) ، والتصويب من « حاشية القليوبي علىٰ كنز الراغبين » (٣/٨٩) .

(٣) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/١٧٣) مخطوط .

فَإِنْ كَانَتْ دَاراً . . فَبِأَنْ يَبْنِيَ وَيَسْقُفَ . وَإِنْ كَانَ حَظِيرَةً . . فَبِأَنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا وَيَنْصِبَ عَلَيْهَا ٱلْبَابَ . . . .

في اللغة . . مرجعُه للعرف ، فرجع في الإحياء إليه ، (**فإن كانت**) المحياة (**داراً . . فبأن يبني**) بما جرت به عادة [أهل ذٰلك][1] الموضع ؛ من آجُرٍّ أو لَبِنٍ أو طينٍ أو خشبٍ أو قصبٍ أو غيرها ، (**ويَسْقُف**) بفتح الياء وإسكان السين وضم القاف ، قال أهل اللغة : سقفه يسقفه سقفاً ؛ كقتله يقتله قتلاً ، ولو لبعضها ؛ لتتهيأ للسكنىٰ ، ويُشترَط نصب بابٍ ؛ لأنه العادة في ذٰلك ، ولا يُشترَط السكنىٰ بحالٍ .

قال المتولي : (جرت عادة أهل البادية وسكّان الصحارىٰ إذا أرادوا النزول . . نظفوا الأرض عن الحجارة والشوك وسوَّوْها ؛ ليتأتّىٰ ضرب الفسطاط ٤٩٩/ب / والخِيَم ، وبَنَوا أبنيةً مثل معلف الدابة وما لا بدَّ لهم منه ، فإذا فعلوا ذٰلك ؛ فإن قصدوا تملُّك تلك البُقعَة . . ملكوها ، ولا يزول ملكهم بالارتحال عنها ، وإن لم يقصدوا التملُّك . . فهم أَولىٰ ، فإذا ارتحلوا . . فلغيرهم أن ينتفع بها)[2]

* * *

(**وإن كان**) المُحيا (**حظيرةً**) أي : زريبةً للدوابِّ أو الحطب أو غيرهما . . (**فبأن يحوِّط عليها**) بالبناء بحسب العادة بطينٍ أو غيره ممَّا مرَّ ، (**وينصب عليها الباب**) ولا حاجة إلىٰ تسقيفٍ ، ولا يكفي نَصب سَعَفٍ أو أحجارٍ بغير بناءٍ ، ولو حوَّط لها في طرفٍ واقتصر في الباقي علىٰ نصب أحجارٍ ، أو سَعَفٍ . .

---

(١) في الأصل : (تلك) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٣٨٢) .

(٢) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (٢/٨٢٢ ـ ٨٢٤) .

لم يملك شيئاً بذٰلك ؛ كما قال الخوارزمي : (إنه ظاهر المذهب)[1] ، وحكى الإمام عن القاضي : أنه يكفي[2] ، وعن شيخه المنعَ فيما عدا محلِّ البناء[3]

* * *

قال الزركشي وغيره : (ولو حفر قبراً في مواتٍ . . **فالظاهر** : أنه إحياءٌ لتلك البُقعة ، ويملكه ؛ كما لو بنىٰ فيها ولم يسكن ، بخلاف ما لو حفر قبراً في أرضٍ مسبَّلةٍ [مقبرةً][4] . . فإنه لا يختصُّ به ؛ إذِ السبق فيها بالدفن لا بالحفر ، ولا كذٰلك الإحياء) [قال][5] : (ويأتي في إحياء المسجد ما مرَّ ؛ أي : في المسكن ، بخلاف مصلى العيد ، [**فالظاهر**][6] : أنه لا يُشترَط فيه التسقيف)[7]

* * *

(١) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/١٧٣) مخطوط .

(٢) نهاية المطلب (٨/٢٩٣) ، قال إمام الحرمين رحمه الله تعالىٰ : (فقد ذهب بعض أصحابنا إلىٰ أن هٰذا كافٍ ، و[هو] المنقول عن القاضي) وقد سقطت لفظة (هو) من نسخة العلامة عبد العظيم محمود الديب رحمه الله تعالىٰ ، فليتنبه لذٰلك .

(٣) نهاية المطلب (٨/٢٩٣) ، واعتمد الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٦٩) كلام القاضي : أنه يكفي ، وعبارته : (ولو حوط ببناء في طرف ، واقتصر في الثاني علىٰ نصب أحجارٍ أو سعفٍ . . قال القاضي : كفىٰ ، وخالفه الخوارزمي ، **والأوجَهُ** : الأول) .

(٤) في الأصل : (بمقبرة) ، والتصويب من « تكملة كافي المحتاج » .

(٥) في الأصل : (قالا) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٤٨) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٦٩) .

(٦) في الأصل : (والظاهر) ، والتصويب من « تكملة كافي المحتاج » .

(٧) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/٥٣) مخطوط .

فَإِنْ كَانَتْ مَزْرَعَةً . . فَبِأَنْ يُصْلِحَ تُرَابَهَا وَيَسُوقَ إِلَيْهَا ٱلْمَاءَ . . . .

(**فإن كانت مزرَعةً**) بفتح الراء أفصح من ضمِّها وكسرها . . (**فبأن**) يجمع التراب ونحوه ؛ كنصبِ قصبٍ وحجرٍ وشوكٍ حولها ؛ ليتميَّز المحيا عن غيره ، ولا حاجة إلى التحويط بالبناء ؛ فإن معظم المزارع بارزةٌ ، وبأن (**يصلح ترابها**) أي : يُسوِّيه ؛ [بطمِّ] المنخفض [وكسح][(١)] المستعلي ، وبأن يحرثها إن لم يزرع إلا به ، ويليِّن ترابها ولو بماءٍ يُساق إليه ؛ لتتهيأ للزراعة ، (**ويسوق إليها الماء**) أي : يرتِّب لها ماء بشقِّ ساقيةٍ من نهر ، أو حفر بئرٍ أو قناةٍ إن لم يكفها المطر المعتاد ؛ إذ لا تتهيَّأ الأرض للزراعة بدونه ، بخلاف ما إذا كفاها ، ولو كان ثَمَّ ماءٌ يمكن سوقه بلا حفرٍ . . لم يُشترَط الحفر ؛ كما صحَّحه في « الشرح الصغير »[(٢)] .

* * *

فإن لم يمكن ترتيب الماء ؛ كأرضٍ بجبلٍ لا يمكن سوق الماء إليها ، ولا يصيبها إلا ماء السماء . . مُلِكت بدونه في أحد وجهَينِ اقتضىٰ كلام الرافعي ترجيحه[(٣)] ، ونقله الخوارزمي عن سائر الأصحاب[(٤)] ، واستُثنِي مع ذٰلك أراضي [البطائح][(٥)] ؛ وهي بناحية العراق ، غلب عليها الماء ، فلا يُشترَط

---

(١) في الأصل : (بضم المنخفض وكشح) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٤٨) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٦٩) .

(٢) الشرح الصغير (ق ٤/١٠٠) مخطوط .

(٣) الشرح الكبير (٦/٢٤٥) .

(٤) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/١٧٥) مخطوط .

(٥) في الأصل : (النطائح) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٤٨) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٧٠) .

وَيَزْرَعَ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ ، وَقِيلَ : تُمْلَكُ وَإِنْ لَمْ تُزْرَعْ . . . .

لإحيائها ترتيب الماء ، بل يُشترَط حبسه عنها ، ذكره الماوردي والروياني وغيرهما [١]

(**ويزرع على ظاهر المذهب**) المنصوص في « المختصر » [٢] ؛ كما يُشترَط الغرس في البستان .

(**وقيل**) **وهو الأصح** ؛ كما في « المنهاج » كـ « أصله » و« الروضة » و« أصلها » : أنها (**تُملَك وإن لم تُزرَع**) [٣] ؛ لأن الزرع استيفاءُ منفعةٍ ، وهو خارجٌ عن الإحياء ؛ كما لا يُشترَط في إحياء المسكن أن يسكنه .

* * *

ويُشترَط في إحياء البستان : غرسه ؛ ليقع عليه اسمه ، وبهٰذا فارق عدم اشتراط الزرع في إحياء المزرعة ، **ويفارقه أيضاً** :/ بأن الغرس يدوم ، فأشبه بناء الدار ، بخلاف الزرع ، وبأن الزرع يسبقه تقليب الأرض وحرثها ؛ أي : غالباً ، فجاز أن يقوم مقامه ، والغرس لا يسبقه شيءٌ يقوم مقامه ، ذكر ذٰلك الرافعي [٤]

ويكفي غرس بعضه ؛ كما صحَّحه في « البسيط » [٥] ، **والأوجَهُ** ـ كما ١/٥٠٠

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٣٣٤) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٤٤٨) .

(٢) مختصر المزني (ص ٢٣١) .

(٣) منهاج الطالبين (ص ٣٢٦) ، المحرر (٢/٧٨٣) ، روضة الطالبين (٤/١٠٨) ، الشرح الكبير (٦/٢٤٥) .

(٤) الشرح الكبير (٦/٢٤٦) .

(٥) البسيط (ق ٤/٨١) مخطوط .

وَإِنْ كَانَ بِئْراً أَوْ عَيْناً . . فَبِأَنْ يَحْفِرَهَا حَتَّىٰ يَصِلَ إِلَى ٱلْمَاءِ . فَيَمْلِكُ ٱلْمُحْيَا وَمَا فِيهِ مِنَ ٱلْمَعَادِنِ . . . .

قال الأذرعي ـ : [اشتراط] غرس ما يُسمَّىٰ به بستاناً[١] ، ويُشترَط تحويطه ، أو يُجمَع ترابٌ حول الأرض إن لم تجرِ العادة بالتحويط[٢] ، أو تهيئة ماءٍ علىٰ ما سبق في المزرعة ، ونصب بابٍ إن اعتيد .

❊ ❊ ❊

(**وإن كان بئراً أو عيناً . . فبأن يحفرها حتىٰ يصل إلى الماء**) أي : بأن يخرج الماء ؛ لأنها لا تصير بئراً أو عيناً بدون ذٰلك ، ويُشترَط طي البئر الرخوة أرضها ، بخلاف الصلبة .

وفي إحياء بئر القناة : خروج الماء وجريانه ، وإن حفر نهراً ممتدّاً إلى النهر القديم بقصد التملُّك ؛ ليجري فيه الماء . . ملكه ولو لم يجره ؛ كما لا يُشترَط السكنىٰ في إحياء المسكن .

❊

ولو شرع في الإحياء لنوعٍ ، فأحيا لنوعٍ آخر ؛ بأن غيَّر قصده إلىٰ نوعٍ آخر ؛ بأن أتىٰ بما يصلح لذٰلك النوع . . ملكه ؛ لأنه لو شرع فيه ابتداءً . . كان الحكم كذٰلك .

(**فيملك المُحيا وما فيه من المعادن**) الظاهرة والباطنة إذا لم يعلم بها حال الإحياء ؛ لأنها من أجزاء الأرض وقد ملكها بالإحياء .

---

(١) قوت المحتاج (٣/٥١١) .

(٢) فعُلِم بذٰلك : أنه لا يُشترَط الجمع بين التحويط وجمع التراب . انظر « مغني المحتاج » (٢/٤٧٠) .

فإن علم بذلك . . لم يملكه ، ولا البقعة أيضاً ـ كما سيأتي [١] ـ لفساد قصده ؛ لأن المعدن لا يتَّخذ داراً ولا بستاناً ولا مزرعةً أو نحوها ، **وقيل** : حال العلم يملك الباطن دون الظاهر ، ورجَّحه ابن الرفعة [٢] ، **والمعتمد** : الأوَّل [٣]

وليس لمالك المعدن الباطن بيعه ؛ لأن مقصوده النَّيل ، وهو متفرِّقٌ في طبقات الأرض مجهول القَدْر والصفة ، فهو كبيع قَدْرٍ [مجموعٍ] [٤] من تراب المعدن وفيه النَّيل ، وكالبيع الهبة .

* * *

فإن كان مالكه قال لآخر : (ما استخرجتَه منه . . فهو لي) ، فاستخرجَ منه شيئاً . . فلا أجرة له ، أو : (ما استخرجتَه منه . . فهو بيننا) . . فله أجرة النصف ؛ لأن نصف عمله وقع للمالك ، وهو غير متبرِّعٍ به ، أو : (لك منه كذا) ، أو : (لك الكل) . . فله أجرته ؛ لأن عمله وقع للمالك ، وهو غير متبرِّعٍ به ، والحاصل ممَّا استخرجه في جميع الصور للمالك ؛ لأنه هبةٌ مجهولةٌ .

وعُلِم ممَّا تقرَّر : أن العقد فاسدٌ ، بخلاف ما لو عيَّن ؛ كأن قال : (إن

---

(١) انظر ما سيأتي (٥/٥٤٣) .

(٢) كفاية النبيه (١١/٣٨٥) .

(٣) واعتمده الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٨٠) لكنه قال في « الإقناع » (٢/٢٥) : (وخرج بظهوره : ما لو علمه قبل الإحياء ؛ فإنه إنما يملك المعدن الباطن دون الظاهر ؛ كما رجَّحه ابن الرفعة وغيره ، وأقرَّ النووي عليه صاحب « التنبيه ») .

(٤) في الأصل : (مجهول) ، والتصويب من « روضة الطالبين » (٤/١٢٣) ، و« أسنى المطالب » (٢/٤٥٣) .

وَٱلشَّجَرِ وَٱلْكَلأُ ، وَمَا يَنْبُتُ فِيهِ وَيَنْبُعُ ، وَيَمْلِكُ مَعَهُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ حَرِيمِهِ وَمَرَافِقِهِ . . . .

استخرجتَ منه كذا . . فقد جعلتُ لك عشرة دراهم مثلاً فيه) . . فإنه يصح ؛ كما في « المطلب »[١] ؛ لأنه جعالةٌ صحيحةٌ .

❊ ❊

ولا تُملَك المعادن بإحيائها وإن زاد به النَّيل ؛ كما عليه السلف والخلف ، ولا يثبت فيها اختصاصٌ بتحجُّرٍ ، بل هي مشتركةٌ بين الناس ؛ كالماء الجاري والكلأ والحطب .

❊ ❊ ❊

(و) يملك ما فيه من (**الشجر والكلأ**) مقصورٌ مهموزٌ ، وتقدَّم الفرق بينه وبين الحشيش في (كفارة الإحرام)[٢] ، (**وما ينبت فيه**) لأنه تابعٌ ، (**وينبع**) من ماءٍ ، وكذا/ ما ظهر من غيره ؛ لأنه نماء ملكه . ٥٠٠/ب

❊ ❊

(**ويملك معه ما يحتاج إليه من حريمه ومرافقه**) لأن هـٰذا هو العرف في عهده عليه الصلاة والسلام ومن بعده مع تضايق أملاكهم ، ولا يملك هـٰذا الحريم بالإحياء ، لذٰلك قال أبو عاصم : (ولا يباع وحده)[٣] .

[تعريف الحريم وبيانه]

والحريم : ما يحتاج إليه لتمام الانتفاع بالعامر ؛ **فحريم القرية** : النادي ؛

(١) المطلب العالي (ق ١٤/ ٥٠) مخطوط .

(٢) انظر ما تقدم (٣/ ٢٦٤) .

(٣) انظر « روضة الطالبين » (٤/ ١٠٠) .

وَقِيلَ : لَا يُمْلَكُ ٱلْمَاءُ . . . .

وهو : مجتمع القوم للحديث ، ومرتكض الخيل ونحوها ، ومناخ الإبل ؛ وهو : الموضع الذي تُناخ فيه ، ومطرح الرماد والسِّرجين ونحوها ؛ كمراح غنمٍ ، وملعب صبيانٍ .

وحريم بئرِ استقاءٍ : موضع النازح منها ، وموضع الدُّولاب إن كان الاستقاء به ؛ وهو ـ بضم الدال أشهر من فتحها ـ يطلق على ما [يستقي] به النازح ، وما [يُستقَىٰ][1] به بالدابة ، والموضع الذي يصبُّ فيه النازح الماء ، ومتردَّد الدابة إن كان الاستقاء بها ، والموضع الذي يُطرَح فيه ما يخرج من مصبِّ الماء أو نحوه .

وحريم بئر القناة : ما لو حفر فيه . . نقص ماؤها ، أو خيف سقوطها ، ويختلف ذٰلك بصلابة الأرض ورخاوتها ، ولا يحتاج إلىٰ موضع نازحٍ ولا غيره ممَّا مرَّ في بئر الاستقاء .

وحريم الدار : الممرُّ ، والفِناء لجدرانها ، ومطرح نحو رمادٍ ؛ ككناسةٍ وثلجٍ ، ولا حريم لدارٍ محفوفةٍ بدورٍ ؛ بأن أُحييت كلها معاً ؛ لأن ما يُجعَل حريماً لها ليس بأَولىٰ من جعله حريماً لأخرىٰ ، **ومثلها** : كل ما لا موات حوله ، ومنه : غير المحفوفة إن كانت في طريقٍ نافذٍ ؛ لأنه لعامة المسلمين ، بخلاف ما إذا كانت في [غير] نافذ .

(**وقيل : لا يُملَك الماء**) بحالٍ ؛ لعُموم قوله صلى الله عليه وسلم : « الناس

(١) في الأصل : (يسقي . . . يُسقىٰ) ، والتصويب من « الإقناع » (٢/ ٢٤) .

وَٱلْمَذْهَبُ : ٱلْأَوَّلُ . وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ بَذْلُ شَيْءٍ مِنْ ذَٰلِكَ إِلَّا ٱلْمَاءِ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ بَذْلُ فَضْلِهِ لِلْبَهَائِمِ . . . .

شركاء في ثلاثةٍ : الماء ، والكلأ ، والنار » رواه ابن ماجه بإسنادٍ جيدٍ[1]

وهٰذا الوجه جارٍ أيضاً فيما ينبع في ملكه من النفط ونحوه ، (**والمذهب : الأول**) لأنه نماءُ ملكه ، فهو كثمرة شجرته .

٭ ٭

(**ولا يجب عليه بذل شيءٍ من ذٰلك**) أي : ممَّا ملكه من معدنٍ أو كلأً أو غيره ؛ لأن ذٰلك لا يُستخلَف في الحال ، ويتموَّل في العادة ، وزمن رعي الكلأ يطول ، فيطول المكث في أرضه ، بخلاف بذل الماء ؛ كما قال : (**إلا الماء**) فيما لو حفر بئراً في مواتٍ للتملُّك ، أو في ملكه ، أو انفجر فيه عينٌ . . (**فإنه يجب عليه بذل فضله**) أي : ما فضل منه عن شربه لشرب غيره من الآدميين ، وعن بهائمه وزرعه (**للبهائم**) لغيره ولو أقام غيره [ثَمَّ] ؛ لخبر « الصحيحين » : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ »[2] ؛ أي : من حيث إن الماشية إنَّما ترعىٰ بقرب الماء ، فإذا منع من الماء . . فقد منع من الكلأ ، والمراد : البهائم المحترمة .

٭

هٰذا ؛ إذا كان هناك كلأٌ مباحٌ يُرعَىٰ ، ولم يجد ماءً مبذولاً له ولم [يحرزه][3] في إناءٍ/أو نحوه ، وإلا . . فلا يجب بذله . 1/501

---

(١) سنن ابن ماجه (٢٥٨٧) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

(٢) صحيح البخاري (٢٣٥٤) ، صحيح مسلم (٣٧/١٥٦٦) عن أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) في الأصل : (يحزه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥٦) .

دُونَ ٱلزَّرْعِ . وَإِنْ تَحَجَّرَ شَيْئاً مِنَ ٱلْمَوَاتِ ؛ بِأَنْ شَرَعَ فِي إِحْيَائِهِ وَلَمْ يُتَمِّمْ . .

وحيث لزمه بذل الماء للماشية . . لزمه أن يمكنها من ورود البئر إن لم يضرَّ به ، فإن أضرَّ به ورودها . . لم يلزمه تمكينها ، وجاز للرعاة استقاء فضل الماء لها (**دون الزرع**) فلا يجب بذله له ؛ كسائر المملوكات ، بخلاف الماشية ـ كما مرَّ ـ لحرمة الروح .

* * *

وإن حفرها في مواتٍ لارتفاقه بها . . اختصَّ بها وبمائها كالمالك ، ما لم يرتحل ، فإن ارتحل . . صارت البئر كالمحفورة للمارة ، فإن عاد . . فهو كغيره ، وإن حفرها للمارة . . فهو كأحدهم ، وكذا لو لم يقصد شيئاً .

ولا يصح بيع ما وجب بذله ، ولا يجب علىٰ من وجب عليه البذل إعارة آلة الاستقاء ؛ من دلوٍ وحبلٍ ونحوهما ، وإنَّما يجب عليه التخلية .

ويحوز الشرب وسقي الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إذا كان السقي لا يضرُّ بمالكها ؛ إقامةً للإذن العرفي مقام اللفظي ، قاله ابن عبد السلام [1]

ويعتبر في بيع الماء التقدير بكيلٍ أو وزنٍ ، لا بِرِيِّ الماشية أو الزرع .

والفرق بينه وبين جواز الشرب من ماء السقاء بعوضٍ : أن الاختلاف في شرب الآدمي أهون منه في شرب الماشية والزرع .

[حكم تحجُّر الموات]

(**وإن تحجَّر شيئاً من الموات ؛ بأن شرع في إحيائه ولم يتممه**) ؛ كحفر

(١) القواعد الكبرىٰ (٢/٢٣٣) .

فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، وَإِنْ نَقَلَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ . . صَارَ ٱلثَّانِي أَحَقَّ بِهِ ، وَإِنْ مَاتَ . . قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ ، وَإِنْ بَاعَ . . لَمْ يَصِحَّ بَيْعُهُ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ . . . .

أساسٍ وجمع ترابٍ ، أو جعل علىٰ بقعةٍ علامةً بنصب حجارةٍ أو غرز خشباً أو نحو ذٰلك ؛ كجمع التراب وخط الخطوط . . (**فهو أحقُّ به**) من غيره ؛ أي : مستحقٌّ له دون غيره ؛ لخبر أبي داوود : « من سبق إلىٰ ما لم يَسبِق إليه مسلمٌ . . فهو له »[1] ؛ أي : اختصاصاً لا ملكاً ؛ لأن سبب الملك الإحياء ، ولم يُوجَد .

* * *

(**وإن نقله إلىٰ غيره . . صار الثاني أحقَّ به**) لأن صاحب الحقِّ آثره به ، (**وإن مات . . قام وارثه مَقامه**) كالشفعة ، قوله : (مَقامه) بفتح الميم ، وأقمته مُقامه بضمها ، وقوله : (فهو أحقُّ به) أي : إذا لم يزد علىٰ كفايته وأمكنه عمارته ، وإلا . . فلغيره أن يحيي ما زاد علىٰ كفايته ، أو علىٰ ما يمكنه القيام بعمارته .

(**وإن باع**) ه . . (**لم يصح بيعه**) لأنه لم يملكه ، فلو أحياه المشتري . . ملكه .

(**وقيل : يصح**) وكأنه يبيع حقَّ الاختصاص ، **والأصح** : أنه لو أحياه غيره . . ملكه وإن كان ممنوعاً من إحيائه ؛ كما لو اشترىٰ علىٰ سوم غيره .

* *

---

(١) سنن أبي داوود (٣٠٦٦) عن سيدنا أسمر بن مضرِّس الطائي رضي الله عنه .

وَإِنْ لَمْ يُحْيِ وَطَالَتِ ٱلْمُدَّةُ . . قِيلَ لَهُ : (إِمَّا أَنْ تُحْيِيَ ، وَإِمَّا أَنْ تُخَلِّيَ لِغَيْرِكَ) ؛ فَإِنِ ٱسْتَمْهَلَ . . أُمْهِلَ مُدَّةً قَرِيبَةً ، فَإِنْ لَمْ يُحْيِهِ . . جَازَ لِغَيْرِهِ أَنْ يُحْيِيَهُ . . . .

(**وإن لم [يحيِ]**[١] **وطالت المدَّة**) عادةً . . (**قيل له**) أي : قال له السلطان : (**إما أن تحيي ، وإما أن تخلي لغيرك**) ما تحجَّرته ؛ لأنه ضيَّق على الناس في حقٍّ مشتركٍ ، فمُنِع منه ؛ كما لو وقف في شارعٍ .

(**فإن [استمهل]**[٢]) بعذرٍ . . (**أُمهِل مدَّةً قريبةً**) ليستعدَّ فيها للعمارة ، يقدرها الإمام برأيه ، ولا تتقيَّد بثلاثة أيامٍ ، (**فإن**) مضت المدَّة و(**لم يحيه**) أي : بأن لم يشتغل بالعمارة . . بطل حقُّه من غير رفعٍ إلى السلطان ، و(**جاز لغيره أن يحييه**) وإن لم يأذن له الإمام .

وقضية كلام ابن المقري : أنه لا يبطل حقُّه بمضي المدَّة [بلا مهلةٍ][٣] ، / وهو ما بحثه الشيخ أبو حامد[٤] ، لٰكنه خلاف منقوله الذي جزم به الإمام من أنه يبطل بذٰلك ؛ لأن التحجُّر ذريعةٌ إلى العمارة[٥] ، وهي [لا] تُؤخَّر عنه إلا بقدر تهيئة أسبابها ، ولهٰذا لا يصح تحجُّر من لا يقدر علىٰ تهيئة الأسباب ؛ كمن تحجر ليعمر في قابلٍ ، وكفقيرٍ تحجَّر ليعمر إذا قدر ، ٥٠١/ب

(١) في الأصل : (يحني) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٢) في الأصل : (استهمل) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٣) روض الطالب (١/٤٤٨) .
(٤) انظر « الشرح الكبير » (٦/٢١٩) .
(٥) نهاية المطلب (٨/٢٩٩) .

وَإِنْ أَقْطَعَ ٱلْإِمَامُ مَوَاتاً . . صَارَ ٱلْمُقْطَعُ كَٱلْمُتَحَجِّرِ . . . .

فوجب إذا أخر وطال الزمان أن يعود مواتاً كما كان ، وهـٰذا هو الظاهر .

وقال السبكي : (ينبغي إذا عرف الإمام أنه لا عذر في المدَّة . . نزعها منه في الحال ، وكذا إن لم تطل المدَّة وعلم أنه مُعرِضٌ عن العمارة)[١]

[إقطاع الإمام شيئاً من الموات]

(وإن أقطع الإمام مواتاً) لا لتمليك رقبته . . **(صار المقطع كالمتحجّر)** فلا يقطعه ما يعجز عنه ، ويصير المقطع أحقَّ بما أقطعه له ؛ لتظهر فائدة الإقطاع ، ويأتي فيه أحكام التحجُّر[٢]

ويُستثنىٰ من ذٰلك ـ كما قال الزركشي ـ : ما أقطعه النبي صلى الله عليه وسلم ، فلا يملكه الغير بإحيائه ؛ قياساً علىٰ أنه لا ينقض ما حماه[٣] ، أما إذا أقطعه لتمليك رقبته . . فيملكه ؛ كما ذكره النووي في « مجموعه » في (باب [الركاز])[٤]

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٤٤٧/٢) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٤٧٢/٢) : (تنبيه : ظاهر كلام المصنف ـ أي : الإمام النووي ـ : أنه لا فرق في طلب الإمهال بين أن يكون بعذرٍ أو بغيره ، وبه صرَّح الروياني ، وهو خلاف قضية كلام « الروضة » و« أصلها » فإنهما قالا : فإن ذكر عذراً واستمهل . . أُمهِل مدةً قريبةً . انتهىٰ ، وهـٰذا هو الظاهر ؛ كما يُؤخَذ من كلام السبكي السابق) .

(٢) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة بالروضة الشريفة) .

(٣) تكملة كافي المحتاج (ق ٣/ ٦٢) مخطوط .

(٤) المجموع (٥٣/٦) ، وفي الأصل : (الزكاة) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٤٤٨/٢) ، و« مغني المحتاج » (٤٧٢/٢) .

وَمَا بَيْنَ ٱلْعَامِرِ مِنَ ٱلشَّوَارِعِ وَٱلرِّحَابِ وَمَقَاعِدِ ٱلْأَسْوَاقِ . . لَا يَجُوزُ تَمَلُّكُهَا بِٱلْإِحْيَاءِ ، وَلَا يَجُوزُ فِيهَا ٱلْبِنَاءُ وَلَا ٱلْبَيْعُ وَلَا ٱلشِّرَاءُ . وَمَنْ سَبَقَ إِلَىٰ شَيْءٍ مِنْهَا . . جَازَ أَنْ يَرْتَفِقَ بِٱلْقُعُودِ فِيهِ مَا لَمْ يُضِرَّ بِٱلْمَارَّةِ . . . .

والأصل في الإقطاع : خبر « الصحيحين » : (أنه صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير)[1]

* * *

(**وما بين العامر من الشوارع والرحاب ومقاعد الأسواق . . لا يجوز تملُّكها بالإحياء**) لأنه يضرُّ بالمسلمين ، (**ولا يجوز فيها البناء**) لِمَا في ذٰلك من التضييق على المارَّة ، (**ولا**) يجوز (**البيع**) من الأئمة (**ولا الشراء**) منهم ؛ لأنها غير مملوكةٍ .

* * *

(**ومن سبق إلىٰ شيءٍ منها . . جاز أن يرتفق بالقعود فيه**) لبيعٍ وشراءٍ واستراحةٍ ونحو ذٰلك (**ما لم يُضِر**) بضم الياء وكسر الضاد يقال : ضرَّه وأضرَّ به لغتان (**بالمارَّة**) وإن لم يأذن فيه الإمام ؛ كما لا يحتاج إليه في الإحياء ، ولو تقادم عهده ؛ لاتفاق الناس في سائر الأعصار ، ولا يُمنع الذمِّي من ذٰلك في أحد وجهَينِ رجَّحه ابن الرفعة والسبكي[2] ؛ لأن ضرره لا يتأبَّد ، وللجالس للمعاملة تظليل موضع جلوسه بما لا يضرُّ بالمارَّة من

---

(١) صحيح البخاري (٣١٥١) واللفظ له ، صحيح مسلم (٢١٨٢) عن سيدتنا أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما .

(٢) كفاية النبيه (١١/٤٠٤) ، وانظر « تحرير الفتاوي » (٢/٣٠٥) .

ثوبٍ وباريَّةٍ[(١)] ونحوهما ؛ لجريان العادة به ، لا ببناء دكَّةٍ ونحوها .

قال الخوارزمي : (وهل له وضع سريرٍ ؟ فيه **احتمالان**) انتهىٰ[(٢)] ، ويظهر الجواز إن لم يُضيِّق على المارَّة .

* * *

ويختصُّ الجالس بمكانه ومكان متاعه [ومعامليه][(٣)] ، وليس لغيره أن يضيِّق عليه في المكان بحيث يضرُّ به في الكيل والوزن ، والأخذ والعطاء ، وله أن يمنع واقفاً بقربه يمنع رؤية متاعه ، أو وصول المعاملين إليه ، وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختصُّ به من المرافق المذكورة .

* * *

ولو قام العامل من مكانه ولو بلا عذرٍ ليعود إليه . . فهو أحقُّ به ما لم يمضِ زمنٌ ينقطع فيه عنه معاملوه ويألفون غيره ؛ لخبر مسلمٍ : « من قام من مجلسه ، ثم رجع إليه . . فهو أحقُّ به »[(٤)] ، ولأن الغرض من تعيُّن المكان : أن يُعرَف فيُعامَل ، فإن مضىٰ / ذٰلك . . بطل حقُّه وإن ترك فيه شيئاً 1/502
من متاعه ، أو كان جلوسه فيه بإقطاع الإمام ، ولو فارقه لا بقصدِ عَودٍ ولا

(١) الباريَّة ـ بتشديد التحتانية ؛ كما في « الدقائق » ، وحُكِي تخفيفها ـ : نوعٌ يُنسَج من قصبٍ كالحصير . انظر « مغني المحتاج » (٢/٤٧٥) .

(٢) الكافي في النظم الشافي (ق ٢/١٧٦) مخطوط .

(٣) في الأصل : (ومعاملته) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥٠) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٧٥) .

(٤) صحيح مسلم (٢١٧٩) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

فَإِنْ قَامَ وَنَقَلَ عَنْهُ قُمَاشَهُ . . كَانَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ . . . .

عدمه . . **فالظاهر** ـ كما قاله بعض المتأخرين ـ : أنه كمفارقته بقصد عَوده .

ويأتي التفصيل المذكور في المجالس المعيَّنة بأسواقٍ يجتمع لها في وقت من كلِّ أسبوعٍ ، أو كلِّ شهرٍ ، أو كل سنةٍ .

* * *

ولو جلس لاستراحةٍ أو نحوها ، أو كان جَوَّالاً يقعد كل يومٍ في موضعٍ من السوق . . بطل حقُّه بمفارقته ، ومن لم يبطل حقُّه بمفارقته . . فلغيره القعود فيه مدَّة غيبته ولو لمعاملةٍ إلىٰ أن يعود ؛ لئلا تتعطَّل منفعة الموضع في الحال .

* * *

[**(فإن قام ونقل عنه قماشه)** القماش معروفٌ ؛ وهو من : (قمشت الشيء) ، و(قمَّشته) بالتشديد أيضاً ؛ أي : جمعته من هنا وهنا . . **(كان لغيره أن يقعد فيه)** لزوال يد الأول عنه ، ولو لم ينقل قماشه . . لم يكن لغيره أن يقعد فيه ؛ كما لو قام من المسجد وترك مكانه سجادةً ، وما ذكره الشيخ وجهٌ في المسألة ، **والأصح** : أنه إن فارقه زمناً ينقطع فيه أُلَّافه . . بطل حقُّه ، وإلا . . فلا ؛ كما سيأتي [١] .

ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي : أنه لا فرق بين أن يكون قيامه لأجل اللَّيل أو لا ، وهو ما حكاه أبو الطيب والماوردي ، وكذٰلك المتولي ، ونقله عن الشافعي [٢] ،

---

(١) انظر ما سيأتي (٥/٥٤٠) .

(٢) تعليقة الطبري (ق٦/٩٥) مخطوط ، الحاوي الكبير (٩/٣٤٦) ، تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (٢/٨٩٨ ـ ٨٩٩) ، الأم (٥/٨٢) .

وَإِنْ طَالَ مُقَامُهُ وَهُنَاكَ غَيْرُهُ أَوْ سَبَقَ ٱثْنَانِ إِلَيْهِ . . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يُقَدِّمُ ٱلْإِمَامُ أَحَدَهُمَا . وَإِنْ أَقْطَعَ ٱلْإِمَامُ شَيْئاً مِنْ ذَٰلِكَ . . صَارَ ٱلْمُقْطَعُ أَحَقَّ . . . .

ونسبه الرافعي إلى الإصطخري [١] ، لكن الأشبه بالمذهب : ما تقدَّم من التفصيل ، وعليه : فلا يبطل حقُّه بالرجوع إلىٰ بيته باللَّيل ، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني] [٢]

(وإن طال مقامه) أي : المرتفِق في شارعٍ أو نحوه ؛ كمسجدٍ (وهناك) محتاجٌ (غيره) إليه . . لم يُزعَج ؛ لأنه أحد المرتفقين ، وقد ثبتت له اليد بالسبق ، فلا تُزال ، (أو سبق اثنان إليه . . أُقرِع بينهما) لعدم المزيَّة .

(وقيل : يقدِّم الإمام أحدهما) لأن له نظراً ، فيدفع به المنازعة ، فإن كان أحدهما مسلماً . . فهو أحقُّ قطعاً ، قاله الدارمي [٣]

* *

(وإن أقطع الإمام شيئاً من ذٰلك) ارتفاقاً . . جاز ؛ لأن للإمام أن يقطع بقعةً من الشارع لمن يرتفق فيها بالمعاملة ؛ لأن له نظراً واجتهاداً في أن الجلوس فيه يضرُّ أم لا ، ولهٰذا يُزعِج من رأىٰ جلوسه مضرّاً ، و(صار المقطع) له (أحقَّ

---

(١) الشرح الكبير (٦/٢٢٤) .

(٢) قول المصنف : (فإن قام ونقل عنه قماشه . . كان لغيره أن يقعد فيه) لم نجد له شرحاً في النسخة المعتمدة في التحقيق ، وشرحه مهم ، وقد استقينا شرحه من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٣٣) ، و« كفاية النبيه » (١١/٤٠٣) ، و« غنية الفقيه » (ق ٢/٢٥٦) مخطوط ، و« هادي النبيه » (ق ١/١٧٢) مخطوط ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٧٥ ـ ٤٧٦) .

(٣) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٥٠) .

بِٱلِٱرْتِفَاقِ بِهِ وَإِنْ قَامَ وَنَقَلَ عَنْهُ قُمَاشَهُ . . لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَقْعُدَ فِيهِ . . .

بالارتفاق به) كما لو سبق إليه ، وليس له أن يقطعه تمليكاً وإن فضل عن حاجة الطروق ؛ لأنه لا يجوز بيع شيءٍ منه ، وما يفعله بعض وُكلاء بيت المال من بيع ما يزعمون أنه فاضلٌ عن حاجة المسلمين . . باطلٌ ؛ لأن البيع يستدعي تقدُّم الملك ، وهو منتفٍ ، ولو جاز ذٰلك . . لجاز بيع الموات ، ولا قائل به .

قال في « الروضة » : (وليس للإمام ولا لغيره من الولاة أن يأخذ ممَّن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلافٍ) انتهىٰ[1] ، وقد عمَّت البلوىٰ بذٰلك في زماننا .

* * *

(وإن قام) من [أُقطِع][2] له في الشارع ليعود إليه **(ونقل عنه قماشه)** . . **فقد قيل : (لم يكن لغيره أن يقعد فيه)** لأنه استحقَّه بالإقطاع ، وهو باقٍ ، وفيما تقدَّم استحقَّه بالجلوس ، فزال بالقيام عنه ، **وقيل ـ وهو الأصح** ؛ كما في « الروضة » كـ « أصلها »[3] ـ : إن له ذٰلك إلىٰ أن يعود ؛ لئلا تتعطَّل منفعة الموضع في الحال ؛ كما مرَّ .

[حكم مَن أَلِفَ موضعاً من المسجد للإفتاء أو الإقراء ثم فارقه]

ومَن أَلِفَ من المسجد موضعاً يفتي فيه ، أو يُقرِئ القرآن أو الحديث أو الفقه ، أو غيرها من العلوم المتعلِّقة بالشرع ـ وفي « الروضة » بحثاً[4] ؛

(١) روضة الطالبين (٤/١١٤) .
(٢) في الأصل : (المقطع) ، والتصويب من سياق العبارة .
(٣) روضة الطالبين (٤/١١٤) ، الشرح الكبير (٦/٢٢٤) .
(٤) روضة الطالبين (٤/١١٥) .

وهو المعتمد : أو يسمع الدرس من مدرسٍ[1] ـ . . كالجالس في مقعد شارعٍ لمعاملةٍ ؛ ففيه ما مرَّ من التفصيل .

ولو جلس فيه لصلاةٍ أو استماع حديثٍ ، أو وعظٍ أو قرآنٍ ، وفارقه بلا عذرٍ . . بطل حقُّه ، فإن لم يفارقه . . فهو أحقُّ به ولو طال مقامه ؛ لخبر أبي داوود/: « مَن سبق إلىٰ ما لم يَسبِق إليه مسلمٌ . . فهو له »[2] ٥٠٢/ب

* * *

وإنَّما لم يستمر حقُّه مع المفارقة كمقاعد الأسواق ؛ لأن غرض [المعاملة][3] يختلف باختلاف المقاصد ، وما ذُكِر ببقاع المسجد لا يختلف .

قال الرافعي : (ولك أن تمنعه بالنسبة إلى الصلاة ؛ بأن ثواب الصلاة في الصف الأول أكثر)[4]

وأُجيب : بأنه لو ترك له موضعه من الصف الأوَّل وأُقيمت الصلاة . . لزم

---

(١) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٧٦) : (وقد يخرج بقوله : « يفتي ويقرئ » : جلوس الطالب ، لٰكن في زيادة « الروضة » : أن مجلس الفقيه حال تدريس المدرس في مجلس أو مدرسة . . الظاهرُ فيه : دوام الاختصاص . انتهىٰ ، وهٰذا هو المعتمد إذا كان أهلاً للجلوس فيه ؛ كما قال الأذرعي ، أما إذا كان لا يفيد ولا يستفيد . . فلا معنىٰ له) .

(٢) سنن أبي داوود (٣٠٦٦) عن سيدنا أسمر بن مضرِّس الطائي رضي الله عنه ، وقد تقدم (٥/٥٣١) .

(٣) في الأصل : (المعالجة) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥١) ، و« نهاية المحتاج » (٥/٣٤٧) .

(٤) الشرح الكبير (٦/٢٢٥) .

عدم اتصال الصف ، وذٰلك يؤدّي إلىٰ نقصانها ؛ فإن تسوية الصف من تمامها ، ولو أمكن مجيئه في أثنائها . . لم يجبر ذٰلك الخلل الواقع في أولها .

* * *

فإن فارقه لعذرٍ ؛ كقضاء حاجةٍ أو رعافٍ ، أو تجديد وضوءٍ ، أو إجابة داعٍ ، وعاد إليه . . فهو أحقُّ به وإن لم يترك إزاره أو نحوه فيه حتىٰ تنقضي صلاته أو مجلسه الذي يستمع فيه ؛ لعموم خبر مسلمٍ : « إذا قام أحدكم من مجلسه ، ثم رجع . . فهو أحقُّ به »[1]

فإن أُقيمتِ الصلاة في غيبته واتَّصلَتِ الصفوف . . فالوجه ـ كما قال الأذرعي وغيره ـ : سدُّ الصف مكانه ؛ لمصلحة إتمام الصفوف[2]

ولو بسط في المسجد شيئاً ومضىٰ ، أو بُسِط له . . فلغيره تنحيته ؛ كما جزم به الرافعي في (باب الجمعة)[3] خلافاً للمروزي .

* * *

ولو نوى اعتكاف أيامٍ في المسجد ، فخرج لِمَا يجوز[4] له الخروج في الاعتكاف ، أو لغيره ناسياً ؛ كما بحثه بعضهم . . فهو أحقُّ بموضعه ، وإن نوى اعتكافاً مطلقاً . . فهو أحقُّ بموضعه ما لم يخرج من المسجد .

---

(١) صحيح مسلم (٢١٧٩) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه ، وقد تقدم قريباً (٥/٥٣٥) .
(٢) قوت المحتاج (٣/٥٢٨) .
(٣) الشرح الكبير (٢/٣١٦) .
(٤) في الأصل : (لما لا يجوز) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥١) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٧٧) .

ويُكرَه الجلوس في المسجد ؛ كما مرَّ في (الاعتكاف) لمبايعةٍ وحرفةٍ [١] ، فيُندَب أن يُمنَع من ذٰلك ، كما يُندَب المنع من استطراق حلق الفقهاء والقرَّاء ؛ توقيراً لهما .

❊ ❊

ويجب المنع من الارتفاق بحريم المسجد لمن أضرَّ بأهله ، ولا يجوز للإمام الإذن فيه ، فإن لم يضرَّ . . جاز الارتفاقُ ـ وإن لم يأذن فيه الإمام ـ والإذنُ فيه ، ولا يجلس المدرس والمفتي في كبار [المساجد] [٢] بغير إذن الإمام فيه ، والإذن فيه معتادٌ في أحد وجهَينِ رجَّحه الماوردي [٣] ؛ لِمَا في ذٰلك من الافتيات [٤] على الإمام ؛ بمخالفة العادة ، فإن لم يعتد ذٰلك . . جاز .

❊

ومن سبق إلىٰ محلٍّ من نحو رباطٍ مسبَّلٍ ؛ كخانقاه وفيه شرط من يدخله ، وخرج منه لحاجةٍ ولم تطل غيبته ؛ كشراء طعامٍ ودخول حمَّامٍ . . فحقُّه باقٍ وإن لم يترك فيه متاعه أو لم يأذن له الإمام أو سكنه غيره ؛ لخبر مسلمٍ السابق [٥] ، بخلاف ما لو خرج لغير حاجةٍ ، أو لحاجةٍ وطالت غيبته . . فيبطل حقُّه .

❊

---

(١) انظر ما تقدم (٣/١٠٥) .

(٢) في الأصل : (المسجد) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥١) .

(٣) الحاوي الكبير (٩/٣٤٦) .

(٤) وهو الاستبداد بالرأي ، وعدم مؤامرة مَن هو أحقُّ منه بالأمر فيه .

(٥) تقدم ذكره وتخريجه (٥/٥٣٥) .

وَمَنْ حَفَرَ مَعْدِناً بَاطِناً لَا يُتَوَصَّلُ إِلَىٰ نَيْلِهِ إِلَّا بِٱلْعَمَلِ ؛ . . . .

ولكل أحدٍ من المسلمين دخول المدارس والأكل والشرب والنوم فيها ، ونحو ذٰلك ممَّا جرى العرف به ، لا السكنىٰ ، إلا لفقيهٍ ، أو بشرط الواقف ؛ فإن عيَّن / واقف الرباط مدَّة الإقامة . . لم يزد عليها ، والوقف على المسافرين لا يزاد فيه علىٰ مدَّة مكثهم ؛ وهي ثلاثة أيامٍ بلياليها ، إلا لخوفٍ أو مطرٍ ؛ فيزادون إلىٰ زوال ذٰلك . ١/٥٠٣

* * *

وإن أطلق الوقف . . نظر إلى الغرض من بنائه ، وعمل بالعادة فيه ، فلا يمكَّن من الإقامة برُبُطِ المارَّة إلا لمصلحتها ، أو لخوفٍ يعرض ، أو أمطارٍ تتواتر ، ويقيم في المكان الموقوف علىٰ طلبة العلم حتىٰ ينقضي غرضه ، أو يترك التعلُّم والتحصيل فيُزعَج .

ولو نزل في مدرسةٍ مثلاً أشخاصٌ للاشتغال بالعلم وحضور الدرس ، وقُرِّر لهم من الجامِكيَّة (١) ما يستوعب قدر ارتفاع وقفها . . لا يجوز أن ينزل زيادة عليهم بما ينقص ما قرر لهم من المعلوم ؛ لِمَا في ذٰلك من الإضرار بهم ؛ كما ذكره السبكي وغيره (٢) .

[تملك المعادن الباطنة]

(**ومن حفر معدناً باطناً**) في مواتٍ بقصد التملُّك ؛ وهو : المبثوث في باطن الأرض الذي (**لا يُتوصَّل إلىٰ نيله**) أي : ما يخرج منه (**إلا بالعمل ؛**

---

(١) هي رواتب أصحاب الوظائف من الأوقاف .

(٢) فتاوى التقي السبكي (٢/٥٩) .

كَمَعْدِنِ ٱلذَّهَبِ وَٱلْفِضَّةِ وَٱلْحَدِيدِ وَغَيْرِهَا ، فَوَصَلَ إِلَىٰ نَيْلِهِ . . مَلَكَهُ ، وَفِي ٱلْمَعْدِنِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَمْلِكُهُ إِلَى ٱلْقَرَارِ ، وَٱلثَّانِي : لَا يَمْلِكُهُ ؛ فَإِذَا ٱنْصَرَفَ . . كَانَ غَيْرُهُ أَحَقَّ بِهِ ، وَإِنْ طَالَ مُقَامُهُ وَهُنَاكَ غَيْرُهُ ، أَوْ سَبَقَ إِلَيْهِ ٱثْنَانِ . . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . . . .

كمعدن الذهب والفضة والحديد وغيرها) كرصاصٍ وفيروزج وياقوتٍ ، **(فوصل إلىٰ نيله . . ملكه)** لاستيلائه عليه ، ولقطعة ذهبٍ مثلاً أبرزها السيل حكمُ المعدن الظاهر .

* *

(وفي المعدن) أي : البقعة التي تحتها الذهب أو شيءٌ ممَّا ذُكِر **(قولان ؛ أحدهما : يملكه إلى القرار)** لأنه لا يُتوصَّل إلىٰ منفعته إلا بعملٍ أو مؤنةٍ ، فكان كغيره من أراضي الموات ، **فعلىٰ هٰذا** : إحياؤه : هو العمل الذي يُتوصَّل به إلىٰ نيله ، ويملك مع المعدن حريمه ؛ وهو : ما يقف فيه الأعوان والدواب علىٰ حسب الحاجة .

(والثاني) وهو الأصح : **(لا يملكه)** لأن الموات [لا يُملَك] إلا بالعمارة ، وحفر المعدن تخريبٌ ، ولأن الموات إذا مُلِك . . لا يحتاج في تحصيل مقصوده إلىٰ مثل العمل الأول ، بخلاف المعدن .

وعلىٰ هٰذا : **(فإذا انصرف . . كان غيره أحقَّ به)** كمقاعد الأسواق ، **(وإن طال مقامه وهناك غيره)** . . لم يُزعَج عنه ؛ كما مرَّ .

* * *

(أو سبق إليه اثنان) ولم يتَّسع مكانه وتشاحَّا . . **(أُقرِع بينهما)** وإن كان أحدهما يأخذ للتجارة والآخر للحاجة .

وَقِيلَ : يُقَدِّمُ ٱلْإِمَامُ أَحَدَهُمَا . وَإِنْ أَقْطَعَ ٱلْإِمَامُ شَيْئاً مِنْ ذَٰلِكَ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يُمْلَكُ ٱلْمَعْدِنُ بِٱلْعَمَلِ . . صَحَّ ٱلْإِقْطَاعُ ، وَصَارَ ٱلْمُقْطَعُ أَحَقَّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُمْلَكُ . . فَفِي ٱلْإِقْطَاعِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : لَا يَصِحُّ ، وَٱلثَّانِي : يَصِحُّ فِيمَا يُقْدَرُ عَلَى ٱلْعَمَلِ فِيهِ . . . .

(**وقيل : يقدِّم الإمام أحدهما**) قطعاً للنزاع ، ويأخذ المقدَّمُ قدر حاجته عرفاً بالنسبة لأمثاله ؛ لأنه مشتركٌ بين الناس ؛ كالماء الجاري ونحوه ، فلو زاد علىٰ قدر حاجته . . أُزعِج إن زُوحِم ؛ لأن عكوفه عليه كالتحجُّر المانع من الأخذ ، أما إذا اتَّسع مكانهما . . فكلٌّ يأخذ من جانبه .

* * *

(**وإن أقطع الإمام شيئاً**) لشخصٍ (**من ذٰلك**) أي : من المعادن الباطنة (**فإن قلنا : إنه يملك المعدن بالعمل . . صحَّ الإقطاع**) منه (**وصار المقطع**) له (**أحقَّ به من غيره**) كالموات .

(**وإن قلنا : لا يُملَك**) وهو الأصح ؛ كما مرَّ . . (**ففي الإقطاع قولان ؛ أحدهما : لا يصح**) إقطاعه / كالمعادن الظاهرة . ٥٠٣/ب

(**والثاني**) وهو الأصح : (**يصح فيما [يقدر]**[1] **على العمل فيه**) كمقاعد الأسواق ، ولأنه صلى الله عليه وسلم أراد إقطاع ملح مأرب أو أقطعه ، فلَمَّا قيل له : إنه كالماء العِدِّ ـ وهو بكسر العين وبالدال المهملتين : الماء العذب ـ . . امتنع ، فدلَّ ذٰلك علىٰ أن الباطن يجوز إقطاعه ، والخبر المذكور

---

(١) في الأصل : (تقرر) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَمَنْ سَبَقَ إِلَىٰ مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ يُتَوَصَّلُ إِلَىٰ مَا فِيهِ بِغَيْرِ عَمَلٍ ؛ كَٱلْقَارِ وَٱلنِّفْطِ وَٱلْمُومِيَاءِ وَٱلْيَاقُوتِ وَٱلْبِلَّوْرِ وَٱلْبِرَامِ وَٱلْمِلْحِ وَٱلْكُحْلِ وَٱلْجِصِّ وَٱلْمَدَرِ ، أَوْ إِلَىٰ شَيْءٍ مِنَ ٱلْمُبَاحَاتِ ؛ كَٱلصَّيْدِ وَٱلسَّمَكِ ، وَمَا يُؤْخَذُ مِنَ ٱلْبَحْرِ مِنَ ٱللُّؤْلُؤِ . . . .

رواه الإمام الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه ، وابن حبان وصحَّحه (١)

* *

(ومن سبق إلىٰ معدنٍ ظاهرٍ) وهو الذي (يُتوصَّل إلىٰ ما فيه بغير عملٍ ؛ كالقار) وهو الزفت ، ويقال له : القير (والنِّفط) بكسر النون أفصح من فتحها : ما يُرمَىٰ به ، وقال الجوهري : (هو دهن) (٢) ، (والمُومِياء) بضم الميم الأولىٰ وكسر الثانية ممدودٌ ؛ وهو : شيءٌ يلقيه البحر إلى الساحل فيجمد ويصير كالقار ، (والياقوت والبلور والبِرام) بكسر الباء الموحدة جمع بُرمة بضمها ؛ وهي : حجرٌ يعمل منه القدر ، (والملح) المائي ، وكذا الجبلي إن لم يحوج إلىٰ حفرٍ وتعبٍ ، (والكحل والجص والمَدَر) بفتح الميم والدال ؛ وهو : الطين الشديد الصلب ، وأحجار النورة ، فأخذ شيئاً منه . . ملكه كما سيأتي .

(أو) سبق (إلىٰ شيءٍ من المباحات ؛ كالصيد والسمك ، وما يُؤخَذ من البحر من اللؤلؤ) وفيه أربع لغات ، قُرِئ بهنَّ في السبع بهمزتين وبغيرهما (٣) ،

---

(١) الأم (١٦٩١) ، صحيح ابن حبان (٤٤٩٩) عن سيدنا أبيض بن حمَّال رضي الله عنه .

(٢) الصحاح (٩٧٣/٣) ، مادة (نفط) .

(٣) انظر « النشر في القراءات العشر » (٣٩٠/١) وما بعدها ، و« الدر المصون في علوم الكتاب المكنون » (٢٥٤/٨ ـ ٢٥٥) .

وَٱلصَّدَفِ ، وَمَا يَنْبُتُ فِي ٱلْمَوَاتِ مِنَ ٱلْكَلَأ وَٱلْحَطَبِ ، وَمَا يَنْبُعُ مِنَ ٱلْمِيَاهِ فِي ٱلْمَوَاتِ ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ ٱلثُّلُوجِ ، وَمَا يَرْمِيهِ ٱلنَّاسُ رَغْبَةً عَنْهُ ، أَوِ ٱنْتَثَرَ مِنَ ٱلزَّرْعِ وَٱلثِّمَارِ وَتَرَكُوهُ رَغْبَةً عَنْهُ ، فَأَخَذَ شَيْئاً مِنْهُ . . مَلَكَهُ . . . .

وبهمز أوله دون ثانيه وعكسه ، قال [جمهور][1] أهل اللغة : **اللؤلؤ** : الكبار ، **والمرجان** : الصغار ، (**والصدف**) [غشاء][2] الدُّرِّ ، واحدته : صدفة ، (**وما ينبت في الموات من الكلأ والحطب ، وما ينبع من المياه في الموات ، وما يسقط من الثلوج ، وما يرميه الناس رغبةً عنه**) ككسرةٍ وتمرةٍ ، **فأخذ شيئاً منه . . ملكه** .

(**أو**) سبق إلىٰ ما (**انتثر من الزرع والثمار وتركوه**) ملّاكه الذين يصحُّ تبرُّعهم (**رغبةً عنه ، فأخذ شيئاً منه . . ملكه**) هـٰذا راجعٌ إلىٰ جميع ما تقدَّم ؛ كما تقرَّر ، وسواء أكان الآخذ مسلماً أم كافراً ؛ لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « من سبق إلىٰ ما لم يسبق إليه مسلمٌ . . فهو له »[3] ، مع قوله صلى الله عليه وسلم لَمَّا رأىٰ تمرةً ملقاةً : « لولا أن أخشىٰ أن تكون من تمر الصدقة . . لأكلتها » كما رواه البخاري[4] .

* * *

(١) في الأصل : (الجمهور) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٣٤) .

(٢) في الأصل : (صغار) ، والتصويب من « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٣٤) ، و« كفاية النبيه » (١١/٤١٢) .

(٣) أخرجه أبو داوود (٣٠٦٦) ، والطبراني في « المعجم الكبير » (١/٢٨٠) عن سيدنا أسمر بن مضرّس الطائي رضي الله عنه ، وقد تقدم مراراً ، وانظر (٥/٥٣١) .

(٤) صحيح البخاري (٢٤٣١) عن سيدنا أنس بن مالك رضي الله عنه .

وَإِنْ سَبَقَ ٱثْنَانِ إِلَىٰ ذَٰلِكَ وَضَاقَ عَنْهُمَا ؛ فَإِنْ كَانَا يَأْخُذَانِ لِلتِّجَارَةِ . . قُسِمَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ كَانَا يَأْخُذَانِ ٱلْقَلِيلَ لِلِٱسْتِعْمَالِ . . فَقَدْ قِيلَ : يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يُقْسَمُ بَيْنَهُمَا ، وَقِيلَ : يُقَدِّمُ ٱلْإِمَامُ أَحَدَهُمَا . وَإِنْ أَقْطَعَ ٱلْإِمَامُ شَيْئاً مِنْ ذَٰلِكَ . . لَمْ يَصِحَّ إِقْطَاعُهُ . . . .

(**وإن سبق اثنان إلىٰ ذٰلك**) أي : إلىٰ شيءٍ ممَّا مرَّ (**وضاق عنهما ؛ فإن كانا يأخذان للتجارة . . قُسِم بينهما**) [بالمهايأة] [(١)] لعدم المزيَّة ، فإن تشاحَّا في التقدُّم . . أُقرِع بينهما ، (**وإن كانا يأخذان القليل للاستعمال . . فقد قيل : يُقرَع بينهما**) لعدم المزيَّة .

(**وقيل : يُقسَم بينهما**) حذراً من تأخير الحقِّ .

(**وقيل : يُقدِّم الإمام أحدهما**) بالاجتهاد ، وظهور الأحقِّيَّة ؛ كأموال بيت المال .

وهٰذه طريقةٌ جرىٰ عليها الشيخ ، **والأصح** : أنه يُقرَع بينهما إذا ضاق ذٰلك مطلقاً ، سواء أخذا للتجارة أم للحاجة ، أم أحدهما للتجارة والآخر للحاجة .

❊

(**وإن أقطع الإمام شيئاً من ذٰلك**) أي : ممَّا مرَّ . . (**لم يصح إقطاعه**) للخبر المتقدِّم / في المعدن الباطن [(٢)] ، ولأن الإجماع منعقدٌ علىٰ منع إقطاع مشارع الماء ، فكذٰلك المعادن الظاهرة ؛ بجامع أخذ نيلها بغير عملٍ . ٥٠٤/أ

---

(١) في الأصل : (بالمهاية) ، والتصويب من هامش الأصل ، وأشار لها بنسخة .

(٢) تقدم ذكره وتخريجه قريباً (٥/٥٤٥) .

فَإِنْ كَانَ مِنْ ذَٰلِكَ مَا يَلْزَمُ عَلَيْهِ مُؤْنَةٌ ؛ بِأَنْ يَكُونَ بِقُرْبِ ٱلسَّاحِلِ مَوْضِعٌ إِذَا حَصَلَ فِيهِ ٱلْمَاءُ حَصَلَ مِنْهُ مِلْحٌ . . جَازَ أَنْ يُمْلَكَ بِٱلْإِحْيَاءِ ، وَجَازَ لِلْإِمَامِ إِقْطَاعُهُ . . . .

وقول الزركشي : (**الظاهر** : أن هٰذا في إقطاع التمليك ، أما [إقطاع][1] الإرفاق . . فيجوز ؛ لأنه ينتفع به ، ولا يضيق علىٰ غيره)[2] . . ممنوعٌ .

* * *

(**فإن كان من ذٰلك ما يلزم عليه مؤنة ؛ بأن يكون بقرب السَّاحل**) جمعه : سواحل ، قال ابن دريد : (هو فاعل ؛ أي : علىٰ زنته ، بمعنىٰ مفعول ؛ لأنَّ الماء سحله ؛ أي : قشره)[3] : (**موضعٌ إذا حصل فيه الماء حصل منه ملحٌ . . جاز أن يملك بالإحياء**) كما في إحياء الموات ، (**وجاز للإمام إقطاعه**) لأنه ليس معدناً في الحال ، بل مواتاً يصير بالإحياء معدناً .

* * *

والماء المباح ـ كالنهر والوادي والسيل ـ يستوي الناس فيه ؛ بأن يأخذ كلٌّ منهم ما يشاء منه ؛ لخبر : « الناس شركاء في ثلاثةٍ : في الماء ، والكلأ ، والنار » رواه ابن ماجه بإسنادٍ جيدٍ[4] .

فإن أراد قوم سقي أرضهم منه فضاق عنهم ، وبعضهم أحيا أوّلاً . . سقى

---

(١) في الأصل : (إقطار) ، والتصويب من « أسنى المطالب » .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٥٣) .

(٣) جمهرة اللغة (١/٥٣٤) ، مادة (سحل) .

(٤) سنن ابن ماجه (٢٥٨٧) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ، وقد تقدم (٥/٥٢٩) .

الأول فالأول ، فيحبس كلٌّ منهم الماء حتىٰ يبلغ الكعبين ؛ كما قاله الجمهور ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قضىٰ بذٰلك ، رواه أبو داوود بإسنادٍ حسنٍ ، والحاكم وصحَّحه علىٰ شرط الشيخين[١]

وقال الماوردي ـ وتبعه ابن المقري ـ : (والأَولى : التقدير بالحاجة في العادة)[٢] ؛ أي : لأن الحاجة تختلف باختلاف الأرض ، وباختلاف ما فيها من زرعٍ وشجرٍ ، وبوقت الزراعة ، ووقت السقي ، ولعلَّ كلام الجمهور جريٌ على الغالب .

ويفرد كلٌّ من مرتفعٍ ومنخفضٍ بسقيٍ ؛ بأن يسقي أحدهما حتىٰ يبلغ الكعبين ، ثم يسد ، ثم يسقي الآخر ، أما إذا اتسع الماء . . فيسقي كلٌّ منهم متىٰ شاء .

ولو أحيَوا دفعةً ، أو جُهِل السابق . . سقى الأعلىٰ فالأعلىٰ ؛ كما يُؤخَذ من كلام القاضي أبي الطيب وغيره[٣] ، قال الأذرعي : (ولا يبعد القول بالإقراع) انتهىٰ[٤] ، وهو ظاهرٌ في الأولىٰ[٥]

---

(١) المستدرك على الصحيحين (٢/٦٢) عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها ، سنن أبي داوود (٣٦٣٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

(٢) الحاوي الكبير (٩/٣٦٥) ، روض الطالب (١/٤٥١) .

(٣) تعليقة الطبري (ق ٦/٩٨) مخطوط .

(٤) قوت المحتاج (٣/٥٤٠) .

(٥) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٨٠ ـ ٤٨١) : (والمراد ←

ولو أراد شخصٌ إحياء مواتٍ أقرب إلى الماء ممَّن أحيا قبله ؛ فإن ضيَّق على السابقين . . مُنِع ؛ لأنهم استحقُّوا أرضهم بمرافقها ، والماء من أعظم مرافقها ، وإلا . . فلا منع ، والتقييد بالأقرب زاده ابن المقري على « الروضة »[1] ، وهو **المعتمد** ؛ كما صرَّح به القاضي [أبو الطيب] وغيره[2] ؛ لئلا يصير ذٰلك ذريعةً إلى استحقاقه السقي قبلهم أو معهم[3]

* * *

وما أُخِذ من الماء المباح بيدٍ أو ظرفٍ ؛ كإناءٍ أو حوضٍ مسدودٍ . . مُلِك ؛ كالاحتطاب والاحتشاش ، ولو ردَّه إلىٰ محلِّه . . لم يصر شريكاً به .

← بالأعلى ـ أي : في عبارة الإمام النووي في « منهاج الطالبين » ـ : المحيي قبل الثاني وهٰكذا ، لا الأقرب إلى النهر ، وعبَّروا بذٰلك جرياً على الغالب من أن من أحيا بقعةً يحرص علىٰ قُربها من الماء ما أمكن ؛ لِمَا فيه من سهولة السقي وخفَّة المؤنة وقرب عروق الغراس من الماء ، ومن هنا : يُقدَّم الأقرب إلى النهر إن أحيَوا دفعةً ، أو جُهِل السابق منهم ، وهو المعتمد وإن قال الأذرعي : ولا يبعد الإقراع) .

(١) روض الطالب (١/٤٥١) ، روضة الطالبين (٤/١٢٥) .

(٢) تعليقة الطبري (ق ٦/٩٩) مخطوط .

(٣) اعتمد الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٤٨١) : أن الحكم لا يتقيَّد بالأقربية وفاقاً لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري رحمه الله تعالىٰ في « أسنى المطالب » (٢/٤٥٤) ، وعبارة « مغني المحتاج » : (وقضية ذٰلك : أنه لا يتقيَّد المنع بكونه أقرب إلىٰ رأس النهر ، وهو كذٰلك ؛ كما هو ظاهر كلام « الروضة » ، خلافاً لابن المقري) ، وقال الشهاب الرملي رحمه الله تعالىٰ في « حاشيته علىٰ أسنى المطالب » (٢/٤٥٤) : (ما صرح به المصنف ـ كالقاضي أبي الطيب وغيره ـ مأخوذ من قول الأصل : « فإن ضيق على السابقين . . . » إلىٰ آخره ؛ فإنه إنما يضيق عليهم إذا كان أقرب إلىٰ رأس النهر ؛ كما علم مما مر ، فهما متحدان لا مخالفة بينهما) .

أما الداخل في نهرٍ حفرَهُ . . فإنه باقٍ على إباحته ، لكن مالك النهر أحقُّ به ؛ كالسيل يدخل في ملكه ، ولغيره الشرب وسقي الدواب والاستعمال منه ولو بدلوٍ .

* * *

وعمارة الأنهار وبناء القناطِر من بيت المال ، قال الزركشي : (ولو كان على الماء المباح قاطنون . . فأهل النهر أَولىٰ به ، قاله القاضي أبو الطيب ،/ وفي معنىٰ ذٰلك : حافات المياه التي يعمُّ جميع الناس الارتفاق بها ، فلا يجوز تَملُّكُ شيءٍ منها بالإحياء ، ولا بابتياعٍ من بيت المال ، ولا بغيره ، وقد عمَّت البلوىٰ بالأبنية علىٰ حافات النيل ، كما عمَّت بالقرافة مع أنها مسبَّلةٌ !!) انتهىٰ[١] ٥٠٤/ب

[حكم ما لو حفر جماعةٌ نهراً]

ولو حفر النهرَ جماعةٌ . . اشتركوا في ملكه بقدر أعمالهم ، فإن شرطوا شركة النهر بينهم علىٰ قدر ملكهم من الأرض . . عمل كلٌّ منهم علىٰ قدر أرضه ، فإن زاد أحدهم في العمل . . فمتبرِّعٌ ، إلا إن أكرهه الباقون علىٰ ذٰلك ، أو شرطوا له عوضاً . . فإنه يرجع [عليهم][٢] بأجرة الزائد .

ولا يُقدَّم الأعلىٰ هنا ؛ لاستوائهم في الملكية ، فإن اقتسموا الماء مياومةً أو نحوها . . جاز ، ولكلٍّ منهم الرجوع متىٰ شاء ، فإن رجع وقد أخذ نوبته ولم يأخذ الآخر نوبته . . فعليه أجرة نوبته من النهر للمدَّة التي أخذ هو نوبته فيها .

---

(١) انظر « الجهر بمنع البروز علىٰ شاطئ النهر » ضمن « الحاوي للفتاوي » (١/١٣٥ ـ ١٣٦) مختصراً .

(٢) في الأصل : (عليه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥٥) .

ويُمنَع أحدهم من توسيع فم النهر ، ومن تضييقه ، ومن تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء إلىٰ أرضه ، ومن تأخيره ، ومن إجراء ما يملكه فيه ، ومن بناء قنطرةٍ ورحىً عليه ، ومن غرس شجرٍ علىٰ حافته ، إلا برضا الباقين ؛ كما في سائر الأملاك المشتركة ، وعمارته بحسب الملك .

* * *

وكل أرضٍ وُجِد في يد أهلها نهرٌ لا تُسقَىٰ تلك الأرض إلا منه . . حُكِم لهم بملكه ؛ لأنهم أصحاب يدٍ وانتفاعٍ ، ولو تنازعوا في قدر أنصبائهم منه . . جُعِل بينهم علىٰ قدر أنصبائهم من الأرض ؛ **لأن الظاهر** : أن الشركة بحسب الملك ، خلافاً لِمَا جرىٰ عليه البلقيني من أنه يُجعَل بينهم بالسوية ؛ لأنه في أيديهم [١]

* * *

والقناة المشتركة بين جماعةٍ يُقسَم ماؤها عند ضيقه بينهم بنصب خشبةٍ مثقوبةٍ في عرض النهر علىٰ مستوٍ من أرضه ، [فيها] [٢] ثقبٌ متساويةٌ أو متفاوتةٌ علىٰ قدر الحصص من القناة ، فيجوز تساويها مع تفاوت الحقوق ، لٰكن لذي الثلث مثلاً ثقبةٌ ، ولذي الثُّلثين ثقبتان ، ويصنع كلٌّ منهم بمائه ما شاء ، لٰكن لا يسوقه إلىٰ أرضٍ ليس لها شربٌ منه ؛ لأنه يجعل لها شرباً لم يكن ، وسيأتي بعض ذٰلك في (باب القسمة) إن شاء الله تعالىٰ .

---

(١) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ١٠٨/٢) مخطوط .

(٢) في الأصل : (فيما) ، والتصويب من « الشرح الكبير » (٢٤٢/٦) ، و« روضة الطالبين » (١٢٩/٤) .

وَإِنْ حَمَى ٱلْإِمَامُ أَرْضاً لِتَرْعَىٰ فِيهَا إِبِلُ ٱلصَّدَقَةِ وَنَعَمُ ٱلْجِزْيَةِ وَخَيْلُ ٱلْمُقَاتِلَةِ وَٱلْأَمْوَالُ ٱلْحَشْرِيَّةُ وَمَالُ مَنْ يَضْعُفُ عَنِ ٱلْإِبْعَادِ فِي طَلَبِ ٱلنُّجْعَةِ ، وَلَمْ يُضِرَّ ذَٰلِكَ بِٱلنَّاسِ . . جَازَ فِي أَصَحِّ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَلَا يَجُوزُ فِي ٱلْآخَرِ . . . . . .

[حمى الإمام]

(**وإن [حمى]** [١] **الإمام أرضاً [لترعىٰ]** [٢] **فيها إبلُ الصدقة ونَعَمُ الجزية**) ونَعَمٌ ضالَّةٌ (**وخيلُ المقاتلة والأموال الحَشْرية**) بفتح الحاء المهملة وإسكان الشين المعجمة ؛ أي : المحشورة ؛ وهي : المجموعة لمصالح المسلمين (**ومال من يضعف عن الإبعاد في طلب النُّجعة**) بضم النون ؛ وهو : الذهاب للكلأ وغيره (**ولم يضرَّ ذٰلك بالناس**) لكونه قليلاً من كثيرٍ يكفي المسلمين . . (**جاز في أصحِّ القولين**) لأنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ـ بالنون ـ لخيل المسلمين ، رواه ابن حبان [٣]

(**ولا يجوز في الآخر**) لخبر : « لا حمىٰ إلا لله ولرسوله » رواه البخاري [٤]

وأجاب الأول عن الخبر : بأنه قد رُوِي : « لا حمىٰ إلا لله ولرسوله والأئمة من بعده » [٥] ، فإن لم تثبت هٰذه الزيادة . ./ فمعناه : لا حمىٰ إلا أن يُقصَد به وجه الله ؛ كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، لا كفعل الجاهليَّة ؛ فإن ٥٠٥/أ

---

(١) في الأصل : (أحيا) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) في الأصل : (ليرعىٰ) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) صحيح ابن حبان (٤٦٨٣) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

(٤) صحيح البخاري (٢٣٧٠) عن سيدنا الصعب بن جثَّامة رضي الله عنه .

(٥) أورده الجويني في « نهاية المطلب » (٢٨٨/٨) .

فَإِنْ زَالَتِ ٱلْحَاجَةُ . . جَازَ أَنْ يُعَادَ إِلَىٰ مَا كَانَ . . . .

العزيز منهم كان يصعد علىٰ مرتفعٍ من الأرض ويستعوي كلباً ، فحيث انتهىٰ صوت الكلب من كل ناحيةٍ . . كان حمىً لنفسه ، يمنعه من غيره ، ويشترك هو وغيره في غيره ، فنُهوا عن ذٰلك (١)

واحترز بـ (الإمام) ـ أي : ومثله نائبه **على الأصح** ـ عن الآحاد ، فلو [حمىٰ] (٢) بعض الرعيَّة مواتاً ، ومنع الناس منه زماناً ، ورعاه ، ثم ظهر الإمام عليه . . رفع يده عنه ، ولا غرم عليه ، ولا يعزِّره ، وينهاه عن مثل ذٰلك .

وبقوله : ([لترعىٰ] (٣) فيها . . .) إلىٰ آخره عمَّا إذا حمىٰ لنفسه (٤) فإنه يمتنع ؛ لأن ذٰلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم وإن لم يفعله .

* * *

(**فإن زالت الحاجة . . جاز أن يُعاد**) ما حماه (**إلىٰ ما كان**) لأن الحكم إذا ثبت لعلَّةٍ . . زال بزوالها ؛ كما قال القاضي أبو الطيب : (هو (٥) أن يكون نَعَم الجزية والصدقات وما أشبه ذٰلك قد عدمت) (٦) ، ولو أحياه مُحْيٍ بإذن [الإمام] (٧) . . ملكه ، وكان الإذن فيه نقضاً ، وينصب الإمام أو نائبه على

---

(١) أورد ذٰلك الدميري في « النجم الوهاج » (٥/٤٢٤) .
(٢) في الأصل : (أحيا) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٤١٩) .
(٣) في الأصل : (ليرعىٰ) ، والتصويب مما تقدم قريباً من مخطوطات « التنبيه » .
(٤) أي : إذا حمى الإمام لنفسه .
(٥) أي : زوالها .
(٦) تعليقة الطبري (ق٦/٩١) مخطوط .
(٧) في الأصل : (الأمان) ، والتصويب من هامش الأصل .

وَقِيلَ : مَا حَمَاهُ رَسُولُ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا يَجُوزُ تَغْيِيرُهُ بِحَالٍ .

الحمىٰ أميناً يُدخِل فيه دوابَّ الضعفاء ، لا دواب الإمام ؛ لأنه قويٌّ ، فإن رعاه قويٌّ . . [منع] منه ، ولا يغرم شيئاً ولا يُعَزَّر ، قال في « الروضة » : (وليس هٰذا مخالفاً لِمَا ذكرناه في « الحج » : أن من أتلف شيئاً من نبات النقيع . . ضمنه **على الأصح**)[1] ؛ أي : لأن ما هنا في الرعي ، فهو من جنس ما أُحمِي له ، وما هناك في الإتلاف بغيره .

(**وقيل**) وهو **الأصح** المقطوع به : (**ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم . . لا يجوز تغييره بحالٍ**) لأنه نصٌّ ، فلا يُنقَض بالاجتهاد ولو استُغنِي عنه ، فمن زرع فيه أو غرس أو بنىٰ . . قُلِع .

وليس للإمام أن يحمي الماء العذب لشرب الخيل والمواشي المذكورة ، أو يعتاض عن رعي الحمىٰ وإحياء الموات .

خاتمة

[في حكم سقي الزرع بالمغصوب ، وبيع ماء البئر والقناة]

لو سقىٰ زرعه بمغصوبٍ ضمن الماء المغصوب ببدله ، والغلَّة له ؛ لأنه المالك للبذر ، فإن غرم البدل وتحلَّل من صاحب الماء . . كانت الغلَّة أطيب له ممَّا لو غرم البدل فقط .

*

ولو أشعل ناراً في حطبٍ مباحٍ . . لم يمنع أحداً الانتفاع بها ، فإن كان

---

(١) روضة الطالبين (٤/١١١) .

الحطب ملكه . . جاز له المنع من الأخذ منها ، لا الاصطلاء بها ولا الاستصباح منها .

* * *

ولا يصح بيع ماء البئر والقناة منفرداً عنهما ؛ لأنه يزيد شيئاً فشيئاً ويختلط ، فإن باعه بشرط أخذه الآن . . صحَّ ، ولو باع صاعاً من ماءٍ راكدٍ . . صحَّ ؛ لعدم زيادته ، أو من جارٍ . . فلا ؛ لأنه لا يمكن ربْط العقد بمقدارٍ مضبوطٍ ؛ لعدم وقوفه .

* * *

ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جارٍ . . بطل البيع في الجميع ؛ للجهالة وإن أفهم كلام « الروضة » البطلان في الماء فقط ؛ عملاً بتفريق الصفقة [1] ، فإن اشترى البئر وماءها الظاهر ، أو جزأهما شائعاً وقد عرف/[عمقها] [2] ٥٠٥/ب فيهما . . صحَّ ، وما ينبع من الماء في الثانية مشتركٌ بينهما كالظاهر ، بخلاف ما لو [اشتراها وجزأها] [3] الشائع دون الماء أو أطلق . . لا يصح ؛ لئلا يختلط الماءان .

* * *

---

(١) روضة الطالبين (٤/١٣٠) .

(٢) في الأصل : (عمقهما) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٨٤) .

(٣) في الأصل : (اشتراهما أو جزأهما) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٥٦) ، و« مغني المحتاج » (٢/٤٨٤) .

بابُ اللُّقَطَة

(باب) بيان (اللُّقْطة) وحكمها

هي ـ بضم اللام وفتح القاف وإسكانها ، ويقال : لُقاطةٌ بضم اللام ، ولَقَطٌ بفتحها بلا هاءٍ[1] ـ لغةً : الشيء الملقوط .

وشرعاً : ما وُجِد من حقٍّ محترمٍ غير محرزٍ ، لا يعرف الواجدُ مستحقَّه ، بخلاف المحرز ؛ كما سيأتي .

* *

والأصل فيها قبل الإجماع : خبر « الصحيحين » عن زيد بن خالد الجهني : أن النبي صلى الله عليه وسلم سُئِل عن لقطة الذهب أو الوَرِق ، فقال : « اعرف عفاصها ووكاءها ، ثم عرِّفها سنةً ، فإن لم تعرف . . فاستنفقها ، ولتكن وديعةً عندك ؛ فإن جاء صاحبها يوماً من الدهر . . فأدِّها إليه ، وإلا . . فشأنك بها » ، وسأله عن ضالَّة الإبل ، فقال : « ما لك ولها ؟! دَعْها ؛ فإن معها حذاءها وسقاءها ، تَرِدُ الماء وتأكل الشجر حتىٰ يلقاها ربُّها » ، وسأله عن الشاة ، فقال : « خذها ؛ فإنَّما هي لك أو لأخيك أو للذئب »[2] .

---

(١) ونظمها [ابن مالك] في بيت فقال : [من الرجز]

لُقَاطَةٌ وَلُقْطَةٌ وَلُقَطَهْ وَلَقَطٌ [مَا] لَاقِطٌ قَدْ لَقَطَهْ

« من شرح المنهاج للمصنف » [أي : « مغني المحتاج » (٢/٥٢٤)] . هامش .

(٢) صحيح البخاري (٢٤٢٩) ، صحيح مسلم (١٧٢٢/٥) .

إِذَا وَجَدَ ٱلْحُرُّ ٱلرَّشِيدُ لُقَطَةً فِي غَيْرِ ٱلْحَرَمِ فِي مَوْضِعٍ يُؤْمَنُ عَلَيْهَا . . فَٱلْأَوْلَىٰ : أَنْ يَأْخُذَهَا ، وَإِنْ كَانَ فِي مَوْضِعٍ لَا يُؤْمَنُ عَلَيْهَا . . لَزِمَهُ أَنْ . . . .

[أركان اللقطة]

وأركانها [ثلاثةٌ](١) : لقطٌ ، وملقوطٌ ، ولاقطٌ ؛ كما يُعلَم ذٰلك ممَّا يأتي ، وفي اللقط معنى الأمانة والولاية من حيث إن الملتقِط أمينٌ فيما لقطه ، والشرع ولَّاه حفظه ؛ كالولي في مال الطفل ، وفيه معنى الاكتساب من حيث إن له التملُّك بعد التعريف ، والمغلَّب منهما الثاني .

(**إذا وجد الحرُّ الرشيد لقطةً في غير الحرم**) المكي (**في موضع يُؤمَنَ عليها**) لأمانة أهله ، وليس الموضع مملوكاً ، ولا دار الشِّرك . . (**فالأَولىٰ**) أي : يستحبُّ له : (**أن يأخذها**) إذا وثق بأمانة نفسه ؛ لِمَا فيه من البرِّ ، قال تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾(٢)

وقال صلى الله عليه وسلم : « والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه »(٣) ، بل يُكرَه له تركها ، ولا يجب عليه الأخذ ولو غلب علىٰ ظنِّه ضياعها ؛ كما لا يجب قَبول الوديعة .

* * *

(**وإن كان في موضعٍ لا يُؤمَن عليها**) لعدم أمانة أهله . . (**لزمه أن**

---

(١) قوله : (ثلاثة) زيادة من هامش الأصل ، وأشار له بنسخة .

(٢) سورة المائدة : (٢) .

(٣) أخرجه مسلم (٢٦٩٩) ، وابن حبان (٥٣٤) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه ، وقد تقدم (٥/٢٦) .

يَأْخُذَهَا ، وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلَانِ فِي ٱلْحَالَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَجِبُ ، وَٱلْآخَرُ : يُسْتَحَبُّ . ثُمَّ يَعْرِفُ وِعَاءَهَا وَعِفَاصَهَا . . . .

يأخذها) في قولٍ رجَّحه الشيخ رحمه الله تعالىٰ ؛ صيانةً للمال عن الضياع ؛ لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه .

(**وقيل : فيه قولان في الحالَين ؛ أحدهما : يجب**) لِمَا مرَّ ، (**والآخر**) وهو الأصح : (**يستحبُّ**) لِمَا مرَّ أيضاً ، والطريقة الحاكية للخلاف هي الصحيحة ، وأصحُّ قوليها : الاستحباب ؛ كما تقرَّر ، وسيأتي في المحترزات .

* * *

(**ثم يَعرف**) بفتح الياء التحتية الملتقِطُ عقب الأخذ ؛ كما قاله المتولي وغيره[(١)] ، وجوباً علىٰ ما قاله ابن الرفعة[(٢)] ، وندباً علىٰ ما قاله الأذرعي وهو الظاهر[(٣)] ، (**وعاءَها**) بالمد ؛ من جلدٍ أو خرقةٍ أو غيرهما ، (**وعفاصَها**) قال الخطابي : ([وأصله][(٤)] : الجلد الذي يُلَبَّس [رأس][(٥)] القارورة)[(٦)] ، وقال

(١) تتمة الإبانة عن أحكام فروع الديانة (ق ٧/ ١٥) مخطوط .

(٢) كفاية النبيه (١١/ ٤٢٣ ـ ٤٢٤) .

(٣) قوت المحتاج (٤/ ١٦٣) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/ ٥٣٣) : (وهو المعتمد ؛ كما هو قضية كلام الجمهور) .

(٤) في الأصل : (هو أصل) ، والتصويب من « معالم السنن » .

(٥) في الأصل : (أصل) ، والتصويب من « معالم السنن » .

(٦) معالم السنن (٢/ ٨٧) ، وقال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « الإقناع » (٢/ ٣٧) : (وهي مراد المصنف كصاحب « التنبيه » لأنهما جمعا بين الوعاء والعفاص ، والمحكي في « تحرير التنبيه » عن الجمهور : أن العفاص هو الوعاء . . .) إلىٰ آخره .

وَوِكَاءَهَا وَجِنْسَهَا وَصِفَتَهَا وَقَدْرَهَا . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَيْهَا ، وَقِيلَ : يَجِبُ . . . .

١/٥٠٦ المصنف في « المهذب » والجمهور هنا : (الوعاء)[1] ، وكلاهما/ صحيحٌ ، ويتعيَّن حمل كلامه هُنَا على الأول ؛ لأنه جمع بين الوعاء والعفاص ، (ووكاءَها) بالمدِّ : الخيط الذي تُشَدُّ به ، (وجنسَها) أذهبٌ هي أم فضةٌ أم ثيابٌ ، (وصفتَها) أهرويةٌ أم مرويةٌ ، (وقدرَها) بوزنٍ أو عدٍّ ، أو كيلٍ أو ذرعٍ ؛ وذٰلك لخبر زيدٍ السابق[2] ، وقيس بما فيه غيرُه ، وليعرف صدقَ واصفها ، ويُندَب كتب الأوصاف ، قال الماوردي : (وأنه التقطها من موضع كذا في وقت كذا)[3] .

* * *

(ويستحبُّ أن يُشهِد عليها) مع تعريف شيءٍ منها ، ولا يستوعب جميع أوصافها ؛ لئلا يتوصَّل كاذبٌ إليها ، بل يصفها للشهود بأوصافٍ تحصل بالإشهاد بها فائدةٌ ، ولا يحرُم استيعابها ، بل يُكرَه ؛ كما نقله القمولي عن الإمام[4] ، وجزم به صاحب « الأنوار »[5] .

* * *

(وقيل : يجب) الإشهاد ؛ لحديث أبي داوود : « من التقط . . فليشهد ذا

(١) المهذب (١/٥٦١) .

(٢) تقدم ذكره وتخريجه قريباً (٥/٥٥٧) .

(٣) الحاوي الكبير (٩/٤٣٧) .

(٤) نهاية المطلب (٨/٤٩١) ، وانظر « أسنى المطالب » (٢/٤٨٧) .

(٥) الأنوار لأعمال الأبرار (٢/٢٣٥) .

فَإِنْ أَرَادَ حِفْظَهَا عَلَىٰ صَاحِبِهَا . . لَمْ يَلْزَمْهُ ٱلتَّعْرِيفُ . . . .

عدلٍ أو ذوي عدلٍ ، ولا [يكتم] ولا يغيب »[1] ، وحمله الأوَّل على الندب ؛ إذ لم يُؤمَر به في خبر زيدٍ ؛ جمعاً بين الأخبار .

ومحلُّ الخلاف : إذا لم يكن السلطان ظالماً بحيث إنه إذا علم بها . . أخذها ، وإلا . . فيمتنع الإشهاد ، وكذا التعريف ؛ كما قاله الجيلي[2] ، وجزم به النووي في « نكته »[3] .

* *

(**فإن أراد**) بأخذها (**حفظها علىٰ صاحبها**) فهي أمانةٌ في يده ، وكذا درُّها ونسلها ؛ لأنه يحفظها للمالك فأشبه المودَع ، فإن دفعها إلى القاضي ولو كان أخذها للتملُّك . . لزمه القَبول ، بخلاف الوديعة ؛ لقدرته على الردِّ إلى المالك ، و(**لم يلزمه التعريف**) كما قاله الأكثرون ، قالوا : لأن التعريف إنَّما يجب لتحقيق شرط التملُّك ، وأوجبه غيرهم ؛ لئلا يكون كتماناً مفوِّتاً للحقِّ علىٰ صاحبه ، وصحَّحه الإمام والغزالي[4] ، واختاره في « الروضة »[5] ، **وهو المعتمد** ؛ كما صحَّحه النووي في « شرح مسلمٍ »[6] ،

---

(١) سنن أبي داوود (١٧٠٦) عن سيدنا عياض بن حمار رضي الله عنه ، وفي الأصل : (يكتب) ، والتصويب من مصدر التخريج .

(٢) انظر « تحرير الفتاوي » (٢/٣٦٥) .

(٣) نكت التنبيه (ق/١١٦) مخطوط .

(٤) نهاية المطلب (٨/٤٤٩) ، الوسيط (٤/٢٩٦) .

(٥) روضة الطالبين (٤/٢١٧) .

(٦) شرح صحيح مسلم (١٢/٢٢) .

وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَتَمَلَّكَهَا . . عَرَّفَهَا سَنَةً . . . .

فإن بدا له أن يتملَّكها . . عرَّفها من حينئذٍ ، ولا يعتدُّ بما سبق من تعريفه لها .

* * *

(وإن أراد) بأخذها الخيانة . . فهو غاصبٌ ، فيضمنها ضمان المغصوب ، فلو عرَّف بعد ذٰلك وأراد التملُّك . . لم يكن له ذٰلك ، ولو سلَّمها للحاكم . . برئ من الضمان ؛ كما هو شأن الغاصب .

وإن أراد بأخذها (**أن يتملَّكها . . عرَّفها سنةً**) تحديداً ؛ لخبر زيد [١] ، وقِيسَ بما فيه غيره ، ولو التقط اثنان . . عرَّف كلٌّ منهما نصف سنةٍ ؛ كما قال السبكي : (**إنه الأشبه**) [٢] ، وإن خالف في ذٰلك ابن الرفعة ؛ لأنها لقطةٌ واحدةٌ ، والتعريف من كلٍّ منهما لكلِّها لا لنصفها ؛ لأنها إنَّما تُقسَم بينهما عند التملُّك [٣] .

* * *

وهي أمانةٌ في يده ولو بعد السنة حتىٰ يتملَّك ، **ويفارق المستام** : بأنه مأخوذٌ لحظِّ آخذه حين أخذه ، بخلاف اللقطة ، فإذا تملَّكها . . فليست أمانةً ، بل يضمنها كما سيأتي كالقرض [٤] ، فلو أحدث بعد الأخذ لحفظٍ أو تملُّكٍ / قَصْدَ خيانةٍ . . لم يضمن بمجرَّد القصد كالمودَع ، أو أحدث خيانةً . . ضمن ٥٠٦/ب

---

(١) تقدم ذكره وتخريجه قريباً (٥/٥٥٧) .

(٢) انظر « تحرير الفتاوي » (٢/٣٦٥) .

(٣) المطلب العالي (ق ١٤/٢٢٧) مخطوط .

(٤) انظر ما سيأتي قريباً (٥/٥٦٩) .

عَلَىٰ أَبْوَابِ ٱلْمَسَاجِدِ وَٱلْأَسْوَاقِ ، وَفِي ٱلْمَوْضِعِ ٱلَّذِي وَجَدَهَا فِيهِ ؛ وَيَقُولُ : (مَنْ ضَاعَ لَهُ شَيْءٌ ؟) ، أَوْ (مَنْ ضَاعَ مِنْهُ دِينَارٌ ؟) . . . .

لتحقُّقها ، فلو أقلع عنها وعرَّفها ليتملَّكها . . جاز ؛ لأن التقاطه في الابتداء وقع مفيداً للتملُّك ، فلا يبطل حكمه بطُروِّ تفريطه .

فإن أخذها ولم يقصد شيئاً من حفظٍ أو تملُّكٍ أو خيانةٍ ، أو قصد واحداً منها ونسيه . . لم يضمن ، وله التملُّك بشرطه .

[كيفية تعريف اللقطة]

ويعرِّفها (**علىٰ أبواب المساجد**) عند خروج الناس منها (**والأسواق**) في بلد الالتقاط ، (**و**) يجب التعريف (**في الموضع الذي وجدها فيه**) وليكثر منه فيه ؛ لأن طلب الشيء في مكانه أكثر ، (**ويقول**) في تعريفها : (**من ضاع له شيءٌ ؟**) ويستحبُّ أن يذكر في التعريف بعض (**أو**) صافها كالجنس ؛ كقوله : (**مَن ضاع منه دينارٌ ؟**) أو العفاص أو الوكاء ؛ لأنه أقرب إلى الظفر بالمالك ، ولا يستوفِها ؛ لئلا يعتمدها كاذبٌ ، فلو استوفاها . . حرُم عليه ؛ كما صرَّح به الأذرعي [1] ، وضمن ؛ لأنه قد يرفعه إلىٰ من يلزم الدفع بالصفات ، **ويفارق هـٰذا ما مرَّ أول الباب** : من أنه لا يحرُم استيفاؤها في الإشهاد ؛ لحصر الشهود [وعدم التهمة] [2]

---

(١) قوت المحتاج (٤/١٦٩) .

(٢) انظر ما تقدم قريباً (٥/٥٦٠) ، وفي الأصل : (وعدالتهم) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٥٣٤) ، و« نهاية المحتاج » (٥/٤٤١) .

وَقِيلَ : إِنْ كَانَ قَلِيلاً . . . .

وخرج بقوله : (على أبواب المساجدِ) : المساجدُ ، فيُكرَه التعريف فيها ؛ كما جزم به في « شرح المهذب »[1] ، وإن أفهم كلام « الروضة » التحريم[2] ، إلا المسجد الحرام فلا يُكرَه التعريف فيه ؛ اعتباراً بالعرف ، ولأنه مجمع الناس ، ومقتضىٰ ذٰلك : أن مسجد المدينة والأقصىٰ كذٰلك ، ولو أراد سفراً . . استنابَ بإذن الحاكم من يحفظها ويُعرِّفها ، فإن سافر بها أو استناب بغير إذن الحاكم مع وجوده . . ضمن لتقصيره .

* * *

فإن التقط في الصحراء وهناك قافلةٌ . . تبعها وعرَّف فيها ؛ إذ لا فائدة في التعريف في الأماكن الخالية ، فإن لم يرد ذٰلك . . ففي بلدٍ يقصدها قرُبت أم بَعُدت ، سواء أقصدها ابتداءً أم لا ، حتىٰ لو قصد بعد قصده الأول بلدةً أخرىٰ ولو بلدته التي سافر منها . . عرَّف فيها ، ولا يكلَّف العدول عنها إلىٰ أقرب البلاد إلىٰ ذٰلك المكان .

* * *

(وقيل) وهو الأصح : (إن كان) الملتقَط (قليلاً) غير متموَّلٍ ؛ كحبَّة برّ [وزبيبةٍ][3] . . لم يُعرِّف ، ويستبدُّ به واجده ؛ فعن سيدنا عمر بن الخطاب

---

(١) المجموع (٢/٢٠٣ ـ ٢٠٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢١٨) .

(٣) في الأصل : (وزبيب) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٩٣) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٣٥) .

كَفَاهُ أَنْ يُعَرِّفَهُ فِي ٱلْحَالِ ، ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ ، وَقُدِّرَ ٱلْقَلِيلُ بِٱلدِّينَارِ ، وَقُدِّرَ بِٱلدِّرْهَمِ ، وَقُدِّرَ بِمَا لَا يُقْطَعُ فِيهِ يَدُ ٱلسَّارِقِ ، وَظَاهِرُ ٱلْمَذْهَبِ : أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ ٱلْقَلِيلِ ....

رضي الله تعالىٰ عنه : أنه رأىٰ رجلاً يُعرِّف زبيبةً ، فضربه بالدرَّة وقال : (إن من الورع ما يمقتُ الله عليه)[١]

* * *

وإن كان متموّلاً ؛ بأن كان ـ كما قال الروياني ـ دانق فضةٍ[٢] . . (كفاه أن يعرِّفه في الحال ، ثم يتملَّكه) أو دانق ذهبٍ . . عرَّفه يوماً أو يومَين أو ثلاثةً ، ويختلف ذٰلك باختلاف المال .

(وقُدِّر القليل) المتموَّل على الأصح بما يظنُّ أن فاقده لا يكثر الأسف عليه ، ولا يطول طلبه له غالباً ؛ لأن ذٰلك دليل حقارته ، وقُدِّر أيضاً (بالدينار ، وقدِّر بالدرهم) لقول عائشة رضي الله تعالىٰ عنها : (لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به)[٣] ،/(وقُدِّر بما لا يُقطَع فيه يد السارق) لأنه تافهٌ . ١/٥٠٧

* *

(وظاهر المذهب : أنه لا فرق) في وجوب التعريف سنةً (بين القليل

---

(١) أورده الماوردي في « الحاوي الكبير » (٩/٤٤٤) ، والزمخشري في « ربيع الأبرار » (٢/٢٣٢ ـ ٢٣٣) .

(٢) انظر « الشرح الكبير » (٦/٣٦٥) .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٠٧١) بنحوه .

وَٱلْكَثِيرِ . وَيَجُوزُ ٱلتَّعْرِيفُ فِي ....

والكثير) لعموم الأخبار ، ولأنها جهةٌ من جهات [التملُّك][1] ، فاستوىٰ [فيها][2] القليل والكثير .

فرع

[في حكم التقاط السنابل وقت الحصاد]

التقاط السنابل في وقت الحصاد ؛ إن ظن إعراض المالك عنها أو رضاه بأخذها . . جاز ، وإلا . . فلا ، ولا فرق بين أن يكون الآخذ من أهل الزكاة أم لا وإن خالف في ذٰلك الزركشي[3] ؛ لأن هـٰذا القدر مُغتفَرٌ ؛ كما جرىٰ عليه السلف والخلف .

* * *

ولو التقط كلباً يُقتنَىٰ . . عرَّفه سنةً أو ما يليق به ، ثم اختصَّ به ، فإن ظهر صاحبه وكان باقياً . . أخذه ، وإلا . . فلا شيء له ، ويُعرِّف الخمر المحترمة بما يليق بها .

* * *

(و) لا يجب استيعاب السنة في التعريف ، بل (**يجوز التعريف في**

---

(١) في الأصل : (التمليك) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٤٣١) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٣٥) .

(٢) في الأصل : (فيه) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٤٣١) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٣٥) .

(٣) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٤٣) مخطوط .

سَنَةٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ ، وَٱلْأَوَّلُ أَظْهَرُ . . . .

سنةٍ متفرقةٍ) في [سنتَينِ] [١] ؛ لإطلاق الخبر [٢] ؛ كأن يُعرِّف شهراً ويترك شهراً . . . وهٰكذا ؛ لأنه عرَّفها سنةً ، كما لو نذر صوم سنةٍ ، وقيَّده الإمام بما إذا لم يؤدِّ إلىٰ نسيان النُّوَب السابقة ، وإلا . . فلا يجوز قطعاً [٣] ، وبأن يبيِّن في التعريف زمن الوجدان ؛ حتىٰ يكون ذٰلك في مقابلة ما جرىٰ من التأخير المنسي .

ولا يُشترَط الفور للتعريف ، بل المعتبر تعريف سنةٍ متىٰ كان ، قال ابن الرفعة : (هٰذا حيث كان عذرٌ في التأخير) [٤] ، قال الزركشي : (ولا بدَّ منه) [٥] .

(**وقيل : لا يجوز**) التعريف سنةً مفرَّقةً ؛ لأنه لا يظهر فيه فائدة [التعريف] ، (**والأول أظهر**) لِمَا قدَّمناه .

❊ ❊ ❊

---

(١) في الأصل : (سنين) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١٧٤/١) مخطوط .
(٢) تقدم ذكره وتخريجه أول الباب (٥٥٧/٥) .
(٣) نهاية المطلب (٤٥٣/٨) .
(٤) كفاية النبيه (٤٢٨/١١) .
(٥) خادم الرافعي والروضة (ق ٣٩/٩) مخطوط ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٥٣٣/٢) : (تنبيه : أفهم قوله : « ثم يعرِّفها » أمرين ؛ **أحدهما** : أن المبادرة بالتعريف عقب الالتقاط لا تجب ، وهو كذٰلك على الأصح في « أصل الروضة » ، وقال البلقيني : محل جواز التأخير : ما لم يغلب علىٰ ظن الملتقط أنه يفوت معرفة المالك بالتأخير ، فإن غلب علىٰ ظنه ذٰلك . . وجب البدار ، ولم يتعرَّضوا له . انتهىٰ ، وهٰذا ظاهرٌ) .

وَإِذَا عَرَّفَ وَٱخْتَارَ ٱلتَّمَلُّكَ . . مَلَكَ ، وَقِيلَ : يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ بِٱلتَّعْرِيفِ .

ويُعرِّف على العادة ؛ فيعرِّف أولاً كل يومٍ مرتين في طرفيه ، ثم في كل يومٍ مرةً ، ثم في كل أسبوعٍ مرةً أو مرتين ، ثم في كل شهرٍ مرةً ، قال الزركشي : ([قيل] : مرادهم : يُعرِّف كل مدَّة من هٰذه المُدَدِ ثلاثة شهور)(١)

ويتولَّى التعريف بنفسه أو نائبه ، ولا يكفي تعريف شخص مشهورٍ بالخلاعة والمُجون ؛ إذ لا تحصل به فائدة التعريف ، فلا بدَّ أن يكون مكلَّفاً ، ولا يُشترَط فيه الأمانة إذا حصل الوثوق بقوله ؛ كما قاله ابن الرفعة(٢)

قال الجوهري : (**والمجون** : ألَّا يباليَ الإنسان بما صنع)(٣)

* * *

(**وإذا عرَّف**) بعد قصد التملُّك ولم يجد المالك (**واختار التملُّك**) بلفظ ؛ كـ (تملَّكت ما التقطتُه) . . (**ملك**) ه ؛ لأنه تمليك مالٍ ببدلٍ فتوقَّف على الاختيار كالشفيع ، ولا فرق بين الغني والفقير .

(**وقيل : يدخل في ملكه بـ**) انقضاء (**التعريف**) وإن لم يرضَ بالتملُّك ؛ لأنه قصده عند الأخذ .

---

(١) تكملة كافي المحتاج (ق ٢/٢٢٦) مخطوط ، وقوله هٰذا في مقابلة التقرير السابق ، فأشار إلىٰ أن الزركشي نقل **أن** مرادهم منه : أن يُعرِّفها طرفي النهار ثلاثة أشهر ، ثم طرفه فقط ثلاثةً أخرىٰ ، ثم في كل جمعةٍ مرةً في طرف يومٍ منها ثلاثةً أخرىٰ ، ثم كل شهرٍ ثلاثةً أخرى . انظر « حاشية البجيرمي على الخطيب » (٣/٢٣٦) .

(٢) كفاية النبيه (١١/٤٣٢) .

(٣) الصحاح (٥/١٧٦٤) ، مادة (مجن) .

وَإِنْ هَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَتَمَلَّكَ . . لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ هَلَكَ بَعْدَمَا تَمَلَّكَ . . ضَمِنَ . وَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا قَبْلَ ٱلتَّمَلُّكِ . . أَخَذَهَا مَعَ زِيَادَتِهَا ، وَإِنْ جَاءَ بَعْدَ ٱلتَّمَلُّكِ

(وإن هلك) ما التقطه (قبل أن يتملَّك) ه . . (لم يضمن) ه ؛ لأنه أمانةٌ في يده ولو بعد السنة ؛ كما مرَّ[1] ، (وإن هلك بعدما تملَّك . . ضمن) لأن مقصود اللقطة الحفظ على المالك ، وفي إسقاط الغرم استهلاكٌ لها ، فإن كانت مثليةً . . غرم مثلها ، وإن كانت متقومةً . . غرم قيمتها يوم التملُّك ؛ لأنه يوم دخولها في ضمانه .

ولا يضمن عين الاختصاصات / ولا منافعها . ٥٠٧/ب

ولو قال للمالك بعد التلف : (كنت أمسكتها لك) وقلنا : لا يملك إلا بالاختيار . . لم يضمن ، وكذا لو قال : (لم أقصد شيئاً) فإن كذَّبه المالك . . حلَّفه .

[حكم زيادة اللقطة إذا جاء صاحبها]

(وإن) كانت باقيةً و(جاء صاحبها قبل التملُّك . . أخذها مع زيادتها) المتَّصلة والمنفصلة ؛ لأنها باقيةٌ علىٰ ملكه ، ومؤنة الردِّ على المالك كالوديعة ، وأما مؤنة التعريف ؛ فإن كان للتملُّك . . فهي عليه ؛ لأن التعريف سببٌ لتملُّكه ، ولأن الحظَّ له ، وإن كان للحفظ ولو بعد التقاطه للتملُّك أو مطلقاً . . فهي علىٰ بيت المال إن كان فيه سعةٌ ، وإلا . . فعلى المالك .

*

(وإن جاء) صاحبها (بعد التملُّك) وهي باقيةٌ بحالها ، ولم يتعلَّق بها

---

(١) انظر ما تقدم قريباً (٥/٥٦٢) .

أَخَذَهَا مَعَ ٱلزِّيَادَةِ ٱلْمُتَّصِلَةِ دُونَ ٱلْمُنْفَصِلَةِ . وَإِنْ جَاءَ مَنْ يَدَّعِيهَا . . . .

حقٌّ لازمٌ يمنع بيعها ؛ كما في القرض . . (**أخذها مع الزيادة المتَّصلة**) وإن حدثت بعد التملُّك (**دون المنفصلة**) الحادثة بعد التملُّك ؛ لحدوثها علىٰ ملك الملتقط ، وإن حدثت قبل التملُّك ثم انفصلت بعده . . ردَّها ؛ كنظيره من الردِّ بالعيب وغيره ، فلو التقط حائلاً فحبلت قبل تملُّكها ، ثم ولدت . . ردَّ الولد مع الأمِّ .

✲ ✲ ✲

وإن جاء المالك وقد بيعت . . فله فسخ البيع في زمن الخيار إذا كان لغير المشتري وحده في أحد وجهَينِ جزم به ابن المقري [1] ، لاستحقاقه الرجوع لعين ماله مع بقائه ، بخلاف ما إذا كان للمشتري وحده . . فليس له الفسخ كالبائع .

وإذا لم يتعلَّق بها حقٌّ وطلبها المالك ، وطلب الملتقط العدول إلىٰ بدلها . . أُجيب المالك **في الأصح** ؛ كالقرض بل أَولىٰ ، ولخبر زيد السابق [2]

✲ ✲ ✲

ويجب على الملتقط ردُّها إلىٰ مالكها إذا عرفه قبل طلبها ؛ كما قاله الرافعي في (الوديعة) [3] .

وإن نقصت بعيبٍ أو نحوه طرأ بعد التملُّك . . فللمالك أخذها مع الأرش ؛ لأن الكل مضمونٌ ، فكذا البعض .

(**وإن جاء من يدَّعيها**) ولم يصفها ولا بينة له بها . . لم تُدفَع إليه ، إلا أن

---

(١) روض الطالب (١/٤٧٢) .

(٢) تقدم ذكره وتخريجه أول الباب (٥/٥٥٧) .

(٣) الشرح الكبير (٧/٢٩١) .

وَوَصَفَهَا ، فَغَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ صِدْقُهُ . . جَازَ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . . . .

يعلم الملتقِط أنها له ؛ فيلزمه دفعها إليه ، (و) إن (وصفها) بجميع صفاتها (فغلب على ظنّه) أي : الملتقِط (صدقه . . جاز) له (أن يدفعها إليه) عملاً بظنّه ، بل يسنُّ ولا يجب .

[(ولا يلزمه) الدفع (إلا ببينةٍ) ممَّا يثبت بها الملك ؛ كالشاهد واليمين ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « البينة على المدَّعي »[1] ، فإن أقام بينةً بذلك عند الحاكم ؛ كما قاله في « الكفاية » . . وجب عليه دفعها إليه[2] ، ولا يكفي إخبار البينة للملتقط ، بل لا بدَّ من سماع القاضي لها ، وقضائه على الملتقط بالدفع][3]

* *

نعم ؛ إن تعدَّد الواصف . . لم يدفع لأحدٍ إلا بحجَّةٍ ، فإن دفع بالوصف من غير إجبار حاكمٍ يراه ، فأقام آخر بينةً بها . . حُوِّلت إليه ؛ عملاً بالبينة ، فإن تلفت عنده . . فلصاحب البينة تضمين الملتقط والمدفوع إليه ، والقرار على المدفوع إليه ؛ لحصول التلف عنده ، فيرجع الملتقط بما غرمه عليه إن لم

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٤١) ، والدارقطني (٤/١٥٧) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما .

(٢) كفاية النبيه (١١/٥٩٥) .

(٣) قول المصنف : (ولا يلزمه إلا ببينة) لم نجد له شرحاً في النسخة المعتمدة في التحقيق ، وشرحه مهم ، وقد استقينا شرحه من « كفاية النبيه » (١١/٤٣٧) و« شرح التنبيه » للسيوطي (٢/٤٢) و« تحفة المحتاج » (٦/٣٣٩) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٣٧ ـ ٥٣٨) .

فَإِنْ وَجَدَ ٱللُّقَطَةَ فِي ٱلْحَرَمِ . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَلْتَقِطَهَا إِلَّا لِلْحِفْظِ عَلَىٰ ظَاهِرِ ٱلْمَذْهَبِ . . . .

يقر له بالملك ، فإن أقرَّ له به . . لم يرجع ؛ مؤاخذةً له بإقراره ، أما إذا لم يظن الصدق . . لم يجز الدفع ولو مع الشكِّ في صدقه .

ولو حكم عليه حاكمٌ بالدفع عند الوصف وهو يرىٰ ذٰلك . . لم يطالَبْ ؛ لعدم تقصيره في الدفع ، ولو كان الذي أخذه الواصف [بدل][1] اللقطة عند تلفها[2] . . /لم يطالبه صاحب البيِّنة ؛ لأن الذي في يده مال الملتقط . 1/508

[لقطة الحرم]

(**فإن وجد اللقطة في الحرم**) المكي . . (**لم يجز أن يلتقطها إلا للحفظ علىٰ ظاهر المذهب**) لخبر : « إن هٰذا البلد حرَّمه الله ؛ لا تحلُّ لقطته إلا لمنشدٍ » رواه البخاري[3] ؛ أي : لمعرِّفٍ على الدوام ، وإلا . . فسائر البلاد كذٰلك ، فلا تظهر فائدة التخصيص ، والمعنىٰ : أن مكة مَثابةٌ للناس ؛ يعودون إليها مرةً بعد أخرىٰ ، فربَّما يعود مالكها أو نائبه ليطلبها .

* * *

---

(١) في الأصل : (بعد) ، والتصويب من سياق عبارة « مغني المحتاج » (٢/٥٣٨) ، وعبارته : (نعم ؛ لو كانت اللقطة قد أتلفها الملتقط بعد التملك ، ثم ادعاها بعد ووصفها ، فسلم إليه البدل ، ثم جاء آخر فأقام بينة بها . . لم يرجع على المدفوع إليه لتلفه في يده ؛ لأن الذمي حصل في يده مال الملتقط لا مال المدَّعي) .

(٢) في هامش الأصل (بلغ مقابلة بالروضة الشريفة) .

(٣) صحيح البخاري (١٥٨٧) عن سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما بنحوه .

وَقِيلَ : يَجُوزُ أَنْ يَلْتَقِطَ لِلتَّمَلُّكِ . وَإِنْ كَانَ ٱلْوَاجِدُ عَبْداً . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَجُوزُ ٱلْتِقَاطُهُ ، وَيَمْلِكُهُ ٱلسَّيِّدُ بَعْدَ ٱلْحَوْلِ ؛ إِمَّا بِتَعْرِيفِهِ . . . . .

ويجب عليه الإقامة بها ليعرِّفها ، [أو دفعها][1] إلى الحاكم ليعرِّفها ، قال ابن المقري : (وقد يجيء هـٰذا التخيير فيما التقط للحفظ)[2]

وخرج بـ (**الحرم المكي**) : المدني ، فهو كسائر البلاد في حكم اللقطة ؛ كما صرَّح به الدارمي والروياني[3] ، وإن سوَّىٰ بينهما البلقيني[4]

(**وقيل : يجوز أن يلتقط للتملُّك**) **والمراد بالخبر** : تأكيد التعريف لها سنة ؛ لئلا يظن الاكتفاء بتعريفها في الموسم ، والخلاف في المتموَّل ، أما غيره . . فيستبدُّ به واجده ؛ كما هو ظاهرٌ **وإن لم أَرَ من تعرَّض له** .

[لقطة العبد]

(**وإن كان الواجد عبداً**) ولم يأذن له سيده في الالتقاط ولم ينهه عنه . . (**ففيه قولان ؛ أحدهما : يجوز التقاطه**) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « من وجد لقطةً . . فليُشهِد عليها »[5] ، ولأنه سبب [تملكٍ][6] يصح من الصبي فصحَّ منه كالاحتطاب ، (**ويملكه السيد بعد الحول ؛ إما بتعريفه**)

---

(١) في الأصل : (أدفعها) ، والتصويب من هامش الأصل .

(٢) روض الطالب (٤٧١/١) .

(٣) انظر « خادم الرافعي والروضة » (ق ٤٤/٩) مخطوط .

(٤) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ١٥٨/٢) مخطوط .

(٥) أخرجه ابن حبان (٤٨٩٤) ، وأبو داوود (١٧٠٦) عن سيدنا عياض بن حمار رضي الله عنه ، وقد تقدم (٥٦١/٥) .

(٦) في الأصل : (تمليك) ، والتصويب من سياق العبارة .

أَوْ بِتَعْرِيفِ ٱلْعَبْدِ ، وَٱلثَّانِي : لَا يَجُوزُ ٱلْتِقَاطُهُ ، وَإِنْ تَلِفَتْ فِي يَدِهِ . . ضَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ ، وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى ٱلسَّيِّدِ . . زَالَ عَنْهُ ٱلضَّمَانُ . . . .

لأن [التقاط عبده][1] كالتقاطه ، (أو [بتعريف][2] **العبد**) لأنه الملتقِط .

(**والثاني**) وهو الأظهر : (**لا يجوز التقاطه**) لأنه ليس من أهل الولاية والملك ، ولا يعتدُّ علىٰ هـٰذا بتعريفه ، فلو أخذه منه أجنبيٌّ أو سيده . . كان التقاطاً له ، وسقط عن العبد الضمان .

(**وإن تلفت في يده . . ضمنها في رقبته**) كما لو غصبها ، فإن كانت الملتقِطة مستولدةً . . ضمن السيد اللقطة وإن لم يعلم التقاطها ؛ لأن جنايتها عليه ، وإنَّما يتعلَّق برقبة الرقيق إذا لم يعلم بها السيد ، فإن علم بها وأقرَّها في يده وهو أمينٌ . . فلا ضمان ؛ إذ يده كيده ، فإن استحفظه وهو غير أمينٍ أو أهمله . . ضمن السيِّد مع العبد لتعدِّيهما ، فيتعلَّق الضمان بالعبد وسائر أموال السيد ، ولو أفلس السيد . . قُدِّم مالك اللقطة في العبد علىٰ سائر الغرماء .

* * *

(**وإن دفعها إلى السيد . . زال عنه الضمان**) لأنه دفعها إلىٰ من هو أهلٌ للالتقاط ، بخلاف نظيره من الغصب ؛ لعدم الإذن فيه ، فإن أذن له سيده فيه . . صحَّ ، وطرد ابن أبي هريرة فيه القولَينِ ، وقطع غيره بالصحَّة[3] ،

---

(١) في الأصل : (التقاطه عنده) ، والتصويب من « هادي النبيه » (ق ١/١٧٨) مخطوط .

(٢) في الأصل : (بتعريفه) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) انظر « الشرح الكبير » (٣٤٧/٦) ، وعبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٥٢٧/٢) : (فإن أذن له ؛ كقوله : متىٰ وجدت لقطةً فأتني بها . . . صحَّ جزماً) .

وَإِنْ كَانَ نِصْفُهُ حُرّاً وَنِصْفُهُ عَبْداً . . فَهُوَ كَٱلْحُرِّ عَلَى ٱلْمَنْصُوصِ ؛ فَتَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَوْلَاهُ يُعَرِّفَانِ وَيَمْلِكَانِ . . . .

أو نهاه عنه . . فقطع الإصطخري بالمنع [١] ، وقوّاه في « الروضة » وطرد غيره القولين فيه [٢] .

وهل الإذن في الاكتساب إذنٌ في الالتقاط أو لا ؟ فيه وجهان ؛ **أوجهُهما** : الأول .

ولو عتق الملتقِط بلا إذنٍ . . فكأنه التقط حينئذٍ [٣] .

[لقطة المبعَّض]

(**وإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً**) مثلاً . . (**فهو كالحرِّ على المنصوص**) فلا يُنتزَع من يده ؛ **لأن الأصح** : أنه يملك ببعضه الحرِّ (**فتكون بينه** ٥٠٨/ب
وبين مولاه) أي : في غير [المهايأة] [٤] ، (**يعرِّفان ويملكان**) بحسب الرِّق والحرية ؛ كحرَّينِ التقطا ، ويشتركان في سائر النادر من الاكتساب والمؤن .

* * *

(١) انظر « الشرح الكبير » (٦/٣٤٧) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢٠٦ ـ ٢٠٧) .

(٣) قال في « مغني المحتاج » (٢/٥٢٧) : (تنبيه : قوله : « أخذه سيده » قد يُفهَم أنه لو أعتق العبد بعد أن التقط . . لا يأخذه منه ، وهو كذلك ، وللعتيق تملُّكها وكأنه التقط بعد الحرية) .

(٤) في الأصل : (المهاية) ، والتصويب من هامش الأصل .

فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَايَأَةٌ . . فَهَلْ تَدْخُلُ ٱللُّقَطَةُ فِيهَا ؟ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : تَدْخُلُ ؛ فَإِنْ وَجَدَهَا فِي يَوْمِهِ . . كَانَتْ لَهُ ، وَإِنْ وَجَدَهَا فِي يَوْمِ ٱلسَّيِّدِ . . فَهِيَ لَهُ ، وَٱلثَّانِي : لَا تَدْخُلُ ، فَتَكُونُ بَيْنَهُمَا . . . .

(فإن كان بينهما مهايأةٌ . . فهل تدخل اللقطة فيها ؟ قولان ؛ أحدهما) وهو الأظهر : (تدخل ؛ فإن وجدها في يومه . . كانت له ، وإن وجدها في يوم السيد . . فهي له) فيعرِّف علىٰ هـٰذا صاحب النوبة ويتملَّك ، وهل يحتاج إلىٰ إذن السيد في هـٰذه الحالة وفيما إذا لم يكن بينهما مهايأةٌ أم لا ؟ لم أَرَ من تعرَّض لذٰلك ، وظاهر كلامهم : (أنه في نوبة سيده كالقِنِّ) : أنه لا بدَّ من إذنه .

وأما إذا لم تكن مهايأةٌ . . فيظهر من كلامهم : أنه لا يحتاج إلىٰ إذنٍ ؛ تغليباً للحرية .

(والثاني : لا تدخل ، فتكون بينهما) كما لو لم تكن مهايأةٌ ؛ فلو تنازعا فقال السيد : (وجدتَها في يومي) ، وقال المبعَّض : (بل في يومي) . . صُدِّق المبعَّض ؛ كما نصَّ عليه الإمام الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه ؛ لأنها في يده (١) .

* * *

ويجري الخلاف في باقي الأكساب النادرة ؛ كالوصيَّة والهبة والركاز ، وفي المؤن ؛ كأجرة الطبيب والحجَّام ، وثمن الدواء ، فالأكساب لمن حصلت في نوبته ، والمؤن علىٰ من وجد سببها في نوبته في الأظهر فيهما .

* * *

---

(١) الأم (٥/١٤٢) .

وَخُرِّجَ فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ كَٱلْعَبْدِ . وَإِنْ كَانَ مُكَاتَباً . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ كَٱلْحُرِّ ؛ يُعَرِّفُ وَيَمْلِكُ ، وَٱلثَّانِي : أَنَّهُ لَا يَلْتَقِطُ ؛ فَإِنْ أَخَذَ . . ٱنْتَزَعَ ٱلْحَاكِمُ مِنْهُ وَعَرَّفَهُ ، ثُمَّ يَتَمَلَّكُ ٱلْمُكَاتَبُ . . . .

ومقابله : يشتركان فيهما إلا أرش الجناية ؛ فليس على من وُجِدت الجناية في نوبته ، بل يشتركان فيه جزماً ؛ لأنه يتعلَّق بالرقبة ، وهي مشتركةٌ ، والجناية عليه كالجناية منه ؛ كما بحثه الزركشي (١)

(وخرج فيه قولٌ آخر : أنه كالعبد) فيجري فيه القولان ؛ لأنه ناقصٌ بالرقِّ ، فضعف تصرُّفه فيما يقابل الرقَّ ، فيعمُّ الكل ؛ لأن التقاط البعض الحرِّ غير ممكنٍ .

[لقطة المكاتب]

(وإن كان) الملتقِط (مكاتباً) كتابةً صحيحةً . . (ففيه) طريقان ؛ أحدهما : (قولان ؛ أحدهما) وهو المذهب : (أنه كالحرِّ ؛ يعرِّف ويملك) لأنه مستقلٌّ بالملك والتصرُّف .

(و) القول (الثاني : أنه لا يلتقط) لِمَا في التقاطه من التبرُّع بالحفظ والتعريف ، وليس من أهل التبرُّع .

(فإن أخذ) على هٰذا . . (انتزع الحاكم منه) ذٰلك وحفظه (وعرَّفه) لتعذُّر إقرارها في يده [وتسليمه إلىٰ سيده ؛ لأنه لا ولاية له عليه] ، (ثم يتملَّك المكاتب) لأن سبب التملُّك ـ وهو الالتقاط ـ وُجِد منه ، وهو

---

(١) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٣٢) مخطوط .

وَإِنْ كَانَ فَاسِقاً . . كُرِهَ لَهُ أَنْ يَلْتَقِطَ ؛ . . . .

أهلٌ للتملُّك ، والمنع إنَّما كان لأجل التبرُّع ، فإذا وُجِد الحفظ والتعريف من غيره لعجزه عنه شرعاً . . كان له التملُّك ؛ كالصبي إذا التقط وعرَّف وليُّه ثم بلغ .

والطريق الثاني : القطع بالصحَّة كالحرِّ .

أمَّا المكاتب كتابةً فاسدةً . . فلا يصح التقاطه كالقِنِّ .

* * *

وإذا تلف الملتقَط في يد المكاتب بعد أن عرَّفه وتملَّكه . . [فبدله][1] في كسبه ، وهل يقدَّم به المالك على الغرماء أو لا ؟ **وجهان** ؛ **أوجهُهما** ـ كما قال بعض المتأخِّرين ـ : الثاني[2]

قال الزركشي :/(وينبغي جريانهما في الحرِّ المفلس أو الميت)[3] ، فلو عجَّز المكاتب نفسه قبل التملُّك للملتقط . . لم يأخذه السيد ، بل يحفظه الحاكم للمالك ، والمدبَّر والمعلَّق عتقه بصفةٍ وأمُّ الولد كالقِنِّ . 1/509

[لقطة الفاسق والكافر]

(وإن كان) الملتقِط **(فاسقاً . . كُرِه له)** تنزيهاً **(أن يلتقط)** لئلا تدعوه

---

(1) في الأصل : (فبذله) ، والتصويب من سياق عبارة « مغني المحتاج » (٢/٥٢٨) .

(2) عبارة الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٥٢٨) : (ولا يقدم مالكها به على الغرماء في أحد وجهين استظهره شيخنا) .

(3) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٣٢) مخطوط .

فَإِنِ ٱلْتَقَطَ . . أُقِرَّ فِي يَدِهِ فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَٱنْتُزِعَ مِنْهُ فِي ٱلْآخَرِ ، وَسُلِّمَ ذَٰلِكَ إِلَىٰ ثِقَةٍ . وَهَلْ يَنْفَرِدُ بِٱلتَّعْرِيفِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يَنْفَرِدُ بِهِ ، وَٱلثَّانِي : أَنَّهُ يُضَمُّ إِلَيْهِ مَنْ يُشْرِفُ عَلَيْهِ ، فَإِذَا عَرَّفَ . . تَمَلَّكَهُ . وَإِنْ كَانَ كَافِراً . . فَقَدْ قِيلَ : . . . .

نفسه إلىٰ إتلافها ، (**فإن التقط**) . . صحَّ على المذهب ، و(**أقرَّ في يده في أحد القولين**) إن أُمنت غائلته ، ويُضَمُّ إليه عدلٌ مشرفٌ ، (**وانتُزِع منه في الآخر**) وهو الأظهر ؛ لأن مال ولده لا يقرُّ تحت يده ، فكيف مال الأجنبي ؟! (**وسُلِّم ذٰلك إلىٰ ثقةٍ**) أي : عدلٍ ، قال في « الأنوار » تبعاً للدارمي : (وأجرة العدل في بيت المال)[1] ، فإن كان ممَّن لا تُؤمَن غائلته وذهابه بالمال . . انتُزِع منه قطعاً ، قاله في « البسيط »[2]

(**وهل ينفرد بالتعريف ؟ فيه قولان ؛ أحدهما : ينفرد به**) إذ لا خيانة فيه .

(**والثاني**) وهو الأظهر : (**أنه**) لا يُعتَدُّ بتعريفه ، بل (**يُضَم إليه مَن**) أي : عدل (**يشرف عليه ، فإذا عرَّف**) أي : أتمَّ التعريف . . (**تملَّكه**) ومؤنة التعريف عليه على القولَين .

* *

(**وإن كان كافراً**) ذمّياً ، وفي معناه : المستأمَن والمُعاهَد ؛ كما بحثه الزركشي[3] ، وكذا المرتدُّ إن قلنا : لا يزول ملكه ، وهو الأصح . . (**فقد قيل**)

(١) الأنوار لأعمال الأبرار (٢/٢٣٥) ، وانظر « خادم الرافعي والروضة » (ق ٩/٤٠) مخطوط .
(٢) البسيط (ق ٤/١٠٧) مخطوط .
(٣) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٢٩) مخطوط .

يَلْتَقِطُ وَيَمْلِكُ ، وَقِيلَ : لَا يَلْتَقِطُ فِي دَارِ ٱلْإِسْلَامِ وَلَا يَمْلِكُ . . . .

وهو **الأظهر** : إنه (**يلتقط**) في دار الإسلام ؛ كاصطياده واحتطابه [(**ويملك**) لأن له ذمَّةً صحيحةً وولايةً ؛ لأنه يلي أمر أولاده ، **فعلىٰ هـٰذا** : يُقَرُّ في يده وينفرد بالتعريف][1]

(**وقيل : لا يلتقط في دار الإسلام ولا يملك**) كما لا يُحيي ، والذمِّي ونحوه والمرتدُّ كالفاسق في انتزاع الملتقط وما يترتَّب عليه ، أما التقاط الذمِّي ونحوه بدار الكفر . . فلا يجري عليه حكمنا .

وخرج بمن ذُكِر : الحربي يجدها في دار الإسلام ؛ فإنها تُنزَع منه بلا خلافٍ .

[لقطة الصبي]

ويصح التقاط الصبي ؛ لأنه يملك ، وينزعها الولي منه ويعرِّفها لا من مال الصبي ، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع جزءاً منها لمؤنة التعريف ، ويتملَّك له الوليُّ إن رأىٰ في تملُّكه مصلحةً حيث يجوز الاقتراض له ؛ لأنه في معنى الاقتراض ، فإن لم يَرَ له ذٰلك . . حفظها أو سلَّمها للقاضي ، فإن قصَّر في انتزاعها منه فتلفت ، أو أتلفها الصبي . . ضمن الولي ؛ كما لو قصَّر في حفظ ما احتطبه .

نعم ؛ إن كان وليُّه الحاكم . . **فالأشبه** : عدم ضمانه ، قاله الزركشي[2] ، وفيه نظر .

---

(١) قول المصنف : (ويملك) لم نجد له شرحاً في النسخة المعتمدة في التحقيق ، وشرحه مهم ، وقد استقينا شرحه من « كفاية النبيه » (١١/٤٥٥) ، و« غنية الفقيه » (ق ٣/٦) مخطوط .

(٢) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٣٣) مخطوط .

وإن لم يقصِّر في انتزاعها . . ضمن الصبي بالإتلاف لا بالتلف بلا تقصيرٍ منه ، ويعرِّف الولي لقطةً تالفةً ضمنها مُتلِفها ، ويتملَّك للصبي القيمة إن رأىٰ في تملُّكه لها مصلحة ـ كما مرَّ ـ بعد قبض الحاكم لها ؛ لأن ما في الذمَّة لا يمكن تملُّكه للصبي .

والسفيه والمجنون كالصبي في حكم الالتقاط ، لٰكن السفيه يصح تعريفه ، قال الزركشي : (بإذن وليِّه)[١] ؛ بخلافهما ، وشرط الإمام في صحَّة التقاط الصبي التمييز[٢] ، قال الأذرعي : (ومثله : المجنون)[٣]

[أنواع اللقطة]

واعلم أن الملتَقَط نوعان :

٥٠٩/ب **أحدهما** :/ جمادٌ وكلُّه يُلتقَط ولو غير مالٍ ؛ كجلد ميتةٍ ، فيلتقط للاختصاص .

وثانيهما : حيوانٌ ، ومنه : الرقيق عبداً كان أو أمةً ، ويلتقط للتملُّك منه غير المميِّز ؛ كسائر الأموال ، بخلاف المميِّز ؛ لأنه يصل إلىٰ مالكه بالدلالة ، إلا إن وجده وقت نهبٍ أو نحوه ؛ كغرقٍ أو حريقٍ . . فيجوز التقاطه للتملُّك ؛ صيانةً له عن الضياع .

❊

(١) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٣٤) مخطوط .
(٢) نهاية المطلب (٨/٤٥٩) .
(٣) قوت المحتاج (٤/١٤٥) .

وَإِنْ وَجَدَ جَارِيَةً يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا . . لَمْ يَجُزْ أَنْ يَلْتَقِطَهَا لِلتَّمَلُّكِ ، بَلْ يَأْخُذُهَا لِلْحِفْظِ . وَإِنْ وَجَدَ ضَالَّةً تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ ٱلسِّبَاعِ بِقُوَّتِهِ ؛ كَٱلْإِبِلِ وَٱلْبَقَرِ ، أَوْ بِسُرْعَتِهِ ؛ كَٱلظِّبَاءِ ، أَوْ بِطَيَرَانِهِ كَٱلْحَمَامِ ؛ فَإِنْ كَانَ . . . .

(**وإن وجد جاريةً**) ووجد فيها الشرط السابق ؛ فإن كان (**يحلُّ له وطؤها . . لم يجز أن يلتقطها للتملُّك**) كما لا يجوز له اقتراضها ، (**بل يأخذها للحفظ**) كاستيداعها ؛ لأن التقاط الرقيق للحفظ جائزٌ مطلقاً إلا المميز في زمن الأمن ، أما إذا كانت لا يحلُّ وطؤها ؛ كمَحْرمٍ ومجوسيةٍ . . فله التقاطها للتملُّك كاقتراضها ، وينفق على الرقيق المُلتقَط من كسبه إن كان له كسبٌ ، وما بقي منه يحفظ معه ، وإن لم يكن له كسبٌ . . فعلىٰ ما سيأتي في غير الرقيق من الحيوان ، فلو خرج عن ملكه ببيعٍ أو غيره (١) ، وقال المالك بعد ظهوره : (كنت أعتقته) . . أبطلنا البيع أو غيره ؛ لأنه لم يصادف محلَّه .

[التقاط الحيوان]

(**وإن وجد**) حيواناً غير رقيقٍ ؛ كأن وجد (**ضالَّةً تمتنع من صغار السِّباع**) وامتناع ذٰلك الحيوان : إما (**بقوَّته ؛ كالإبل والبقر**) والبغال والفيلة والحمير ، (**أو بسرعته ؛ كالظباء**) والأرانب المملوكة ، (**أو بطيرانه ؛ كالحَمَام**) و[الدرَّاج] (٢) ؛ كما ذكره في « المهذب » (٣) ، (**فإن كان**) الحيوان المذكور

---

(١) أي : من سائر التصرفات المزيلة للملك .

(٢) في الأصل : (الدجاج) ، والتصويب من « المهذب » .

(٣) المهذب (١/٥٦٣) .

فِي مَهْلَكَةٍ . . لَمْ يَلْتَقِطْهَا لِلتَّمَلُّكِ ؛ فَإِنِ ٱلْتَقَطَ لِذَٰلِكَ . . ضَمِنَ ، فَإِنْ سَلَّمَهَا إِلَى ٱلْحَاكِمِ . . بَرِئَ مِنَ ٱلضَّمَانِ ، وَإِنِ ٱلْتَقَطَ لِلْحِفْظِ ؛ فَإِنْ كَانَ حَاكِماً . . جَازَ ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُ . . فَقَدْ قِيلَ : يَجُوزُ ، وَقِيلَ : لَا يَجُوزُ . وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَمْتَنِعُ ؛ كَٱلْغَنَمِ وَصِغَارِ ٱلْإِبِلِ وَٱلْبَقَرِ . . . .

(**في مهلكةٍ**) أي : بريَّةٍ . . (**لم يلتقطها**) أي : تلك اللقطة المذكورة (**للتملُّك**) لخبر زيد السابق[1] ، ويقاس بما فيه نحوه ، ولأنه مصونٌ بالامتناع عن أكثر السباع ، مستغنٍ بالرعي إلىٰ أن يجده مالكه ؛ لتطلُّبه له .

(**فإن التقط لذٰلك**) أي : للتملُّك . . (**ضمن**) لتعدِّيه بأخذ ما لا ولاية له عليه من جهة مالكه ولا من جهة الشرع ، (**فإن سلَّمها إلى الحاكم . . برئ من الضمان**) لأن له ولايةً علىٰ مال الغائبين ، بخلاف ما لو ردَّها إلى الموضع الذي أخذها منه . . فإنه لا يبرأ .

(**وإن التقط للحفظ ؛ فإن كان حاكماً . . جاز**) لِمَا مرَّ : أن له ولايةً علىٰ مال الغائبين ، (**وإن كان غيره**) من الآحاد . . (**فقد قيل**) **وهو الأصح المنصوص** في « الأم »[2] : (**يجوز**) ؛ لئلا يأخذه خائنٌ فيضيع ، وإذا أخذه . . لا يكون مضموناً عليه .

(**وقيل : لا يجوز**) إذ لا ولاية للآحاد علىٰ ملك الغير .

* *

(**وإن كان ممَّا لا يمتنع**) من صغار السباع (**كالغنم وصغار الإبل والبقر**)

---

(١) تقدم ذكره وتخريجه أول الباب (٥/٥٥٧) .
(٢) الأم (٥/١٣٦) .

جَازَ ٱلْتِقَاطُهُ ، فَإِذَا ٱلْتَقَطَهُ . . فَهُوَ بِٱلْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَحْفَظَهَا عَلَىٰ صَاحِبِهَا وَيَتَبَرَّعَ بِٱلْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَبَيْنَ أَنْ يُعَرِّفَهَا سَنَةً ثُمَّ يَتَمَلَّكَهَا ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْكُلَهَا وَيَغْرَمَ قِيمَتَهَا إِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا ، أَوْ يَبِيعَهَا فِي ٱلْحَالِ وَيَحْفَظَ ثَمَنَهَا عَلَىٰ صَاحِبِهَا ، وَيُعَرِّفَهَا سَنَةً ثُمَّ يَتَمَلَّكَهُ . . . .

والكسير من كبارها . . (**جاز التقاطه**) للتملُّك والحفظ ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم في ضالَّة الغنم : « هي لك أو لأخيك أو للذئب »(١) ، وقيس عليها ما في معناها ، وصيانة عن الخونة .

* * *

(**فإذا التقطه**) أي : الحيوان المذكور وهو مأكولٌ . . (**فهو بالخيار بين أن يحفظها**) أي : تلك اللقطة (**علىٰ صاحبها ويتبرَّع / بالإنفاق عليها ، وبين أن يعرِّفها سنةً ثم يتملَّكها**) بعد التعريف ، (**وبين أن يأكلها**) متملِّكاً لها (**ويغرم قيمتها إذا جاء صاحبها ، أو يبيعها في الحال**) استقلالاً إن لم يجد حاكماً وبإذن الحاكم إن وجده (**ويحفظ ثمنها علىٰ صاحبها ، ويعرِّفها سنةً ثم يتملَّكه**) أي : الثمن ؛ لأنه إذا لم يفعل ذٰلك واستبقاه غير متبرِّعٍ بنفقته . . [ذهبت](٢) قيمته في نفقته ، فيضرُّ بالمالك . ١/٥١٠

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٩) ، ومسلم (١٧٢٢/٥) عن سيدنا زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ، وقد تقدم (٥٥٧/٥) .

(٢) في الأصل : (وجبت) ، والتصويب من « عجالة المحتاج » (٩٩٨/٢) ، وسياق عبارة « كفاية النبيه » (٤٥٨/١١) .

ثم تخييره بين الخصال المذكورة ليس تشهِّياً عليه ، بل عليه فعل الأحظِّ ؛ كما بحثه الإسنوي وغيره ؛ قياساً علىٰ ما يمكن تجفيفه .

* * *

أما غير المأكول كالجحش . . فلا يتملَّكه إلا بعد التعريف ، وإنَّما اعتبروا صغار السباع فقط لكثرتها ، ولأنه قلَّما يمتنع من كبارها ضالَّة .

وإن أراد الإنفاق ليرجع . . اشتُرِط إذن الحاكم فيه إن وجده ثَـمَّ ، فإن لم يجده . . أشهد كنظائره .

قال الإمام : (ويجوز بيع جزء الحيوان لنفقة باقيه ؛ كبيع كلِّه)[1] ، ولا يستقرض على المالك لذٰلك ، قال الرافعي : (لٰكنه يخالف ما مرَّ في هرب الجمَّال ونحوه)[2] ، وفرق النووي : بتعذُّر البيع[3] ؛ أي : تعسُّره ثَـمَّ ؛ لتعلُّق حقِّ المكتري ، بخلافه هنا ، فيمتنع الإضرار بالمالك بلا ضرورةٍ .

ولو حصلت الضالَّة في يد الحاكم . . وَسَمَها ونتاجها بسمة الضوالِّ ، وسرحها في الحِمىٰ إن كان ، وإن لم يكن . . باعها ، ويتأنَّىٰ ببيعها إن توقَّع مجيء مالكها في طلبها عن قُربٍ ؛ كأن عرف أنها من نَعَم بني فلانٍ .

---

(١) نهاية المطلب (٨/٤٨٤) .

(٢) الشرح الكبير (٦/٣٦٢) .

(٣) روضة الطالبين (٤/٢١٣) .

وَإِنْ وَجَدَ فِي ٱلْبَلَدِ . . فَهُوَ لُقَطَةٌ يُعَرِّفُهَا سَنَةً ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا وَجَدَهُ فِي ٱلْبَلَدِ . . لَا يَأْكُلُ ، وَفِي ٱلصَّحْرَاءِ . . يَأْكُلُ ، وَقِيلَ : هُوَ كَمَا لَوْ وَجَدَ فِي ٱلصَّحْرَاءِ ؛ لَا يَأْخُذُ ٱلْمُمْتَنِعَ ، وَيَأْخُذُ غَيْرَ ٱلْمُمْتَنِعِ ؛ إِلَّا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ٱلْأَكْلُ فِي ٱلْبَلَدِ ، وَلَهُ ٱلْأَكْلُ فِي ٱلصَّحْرَاءِ . . . .

(**وإن وجد في البلد**) أو القرية أو [قريبٍ][1] منهما ما يمتنع من صغار السباع وما لا يمتنع منها . . (**فهو لقطةٌ**) أي : يجوز له التقاطه ؛ لأنه حينئذٍ يضيع ؛ لعدم وجدانه ما يكفيه ، وبامتداد اليد الخائنة إليه ؛ لعموم طروق الناس بالعمران ، بخلافه في المفازة ، ([**يعرفها سنة**] ، **إلا أنه إذا وجده في البلد**) أو ما ذُكِر معها . . (**لا يأكل**) لإمكان البيع ، (**وفي الصحراء . . يأكل**) ما يجوز له التقاطه وهو [ممَّا][2] لا يمتنع من صغار السباع لتعذُّره .

(**وقيل : هو كما لو وجد في الصحراء ؛ لا يأخذ الممتنع ، ويأخذ غير الممتنع**) لعموم الخبر[3] ، (**إلا أنه ليس له الأكل في البلد ، وله الأكل في الصحراء**) لِمَا مرَّ .

ولو وجد بعيراً مقلَّداً في مفازةٍ أيام منىً . . التقطه ونادىٰ عليه ، فإن خشي فوات أيام منىً . . نحره ، **والأولىٰ** : أن يستأذن الحاكم ، **وفائدة التقاطه من المفازة** : نحرُه لا تملُّكه ؛ لِمَا مرَّ من منع التقاط الحيوان منها لتملُّكه .

---

(١) في الأصل : (قربت) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٨٨) .

(٢) في الأصل : (ما) ، والتصويب من « كفاية النبيه » (١١/٤٥٨) .

(٣) تقدم ذكره وتخريجه أول الباب (٥/٥٥٧) .

فَائِدَةٌ

[في دعاء النبي ﷺ لردِّ الضالَّة]

روى الطبراني : أنه صلى الله عليه وسلم كان يقول في الضالَّة : « **اللَّهمَّ** ، رادَّ الضالَّة ، وهادي [الضلالة] ، أنت تهدي من الضلالة ؛ اردُدْ عليَّ ضالَّتي بعزَّتك وسلطانك ؛ فإنها من عطائك وفضلك »(١)

* *

ولا يلتقط إلا ما ضاع بسقوطٍ أو غفلةٍ عنه أو نحوهما ، وكان في أرضٍ غير مملوكةٍ ؛ كمواتٍ وشارعٍ ومسجدٍ ، وفي بلدٍ فيه مسلمون ؛ بأن يكون ببلاد الإسلام ، أو بدار الحرب وفيها مسلمون ، فلو ألقىٰ / هاربٌ أو الريح ثوباً في حجره مثلاً ، أو خلَّف مورثه ودائع وهو لا يعرف ملَّاكها . . فمالٌ ضائعٌ يُحفَظ ولا يُتملَّك .

* *

وما وُجِد في أرضٍ مملوكةٍ . . فلذي اليد فيها ، فلا يُؤخَذ ؛ لتملُّكه بعد تعريفه ، فإن لم يَدَّعه ذو اليد . . فلمن كان ذا يدٍ قبله . . . وهٰكذا حتىٰ ينتهي إلى المحيي ، ثم إن لم يَدَّعه المحيي . . فلقطةٌ .

وما وُجِد في دار الحرب ولا مسلم فيها . . فغنيمةٌ ؛ الخمس منها لأهله ، والباقي للواجد .

---

(١) أخرجه الطبراني في « المعجم الكبير » (١٢/ ٢٦١) عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، وفي الأصل : (الضالة) ، والتصويب من مصدر التخريج .

٥١٠/ب

وَإِنْ كَانَ مَا وَجَدَهُ مِمَّا لَا يُمْكِنُ حِفْظُهُ ؛ كَالْهَرِيسَةِ وَغَيْرِهَا . . فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَأْكُلَ وَبَيْنَ أَنْ يَبِيعَ . . . .

قال القفَّال : (ولو وجد درهماً في بيته لا يدري أهو له أو لمن دخل بيته . . فعليه تعريفه لمن يدخل بيته كاللقطة)[1] ؛ أي : الموجودة في غير بيته .

[التقاط غير الحيوان]

(**وإن كان ما وجده**) من غير الحيوان (**ممَّا لا يمكن حفظه ؛ كالهريسة وغيرها**) ممَّا يتسارع إليه الفساد ؛ كرطبٍ لا يتتمَّر ، وعنبٍ لا يتزبَّب . . (**فهو مخيرٌ بين أن**) يتملَّكه في الحال و(**يأكل**) ه ، (**وبين أن يبيع**) ه سواء أوجده في مفازةٍ أو عمرانٍ ، والبيع هنا أَولىٰ .

وقيل : إن وجده في عمرانٍ . . وجب البيع ولا يأكل ؛ قياساً على الحيوان الذي يمتنع من صغار السباع ، **ورُدَّ** : بأن هـٰذا قد يفسد قبل بيعه .

وعلىٰ جوازه في القسمين : يجب التعريف في العمران بعده ، وفي المفازة قال الإمام : (**الظاهر** : أنه لا يجب ؛ لأنه لا فائدة فيه)[2] ، وصحَّحه في « الشرح الصغير »[3] ، قال الأذرعي : (لـٰكن الذي يفهمه إطلاق الجمهور : أنه يجب أيضاً) ، قال : (**ولعلَّ** مراد الإمام : أنها لا تُعرَّف بالصحراء ، لا مطلقاً) انتهىٰ[4] ، **وهـٰذا هو الظاهر** .

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٩٠) .
(٢) نهاية المطلب (٨/٤٨٠) .
(٣) الشرح الصغير (ق ٤/١٤٦) مخطوط .
(٤) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٩٣) .

فَإِنْ أَكَلَ . . عَزَلَ قِيمَتَهُ مُدَّةَ ٱلتَّعْرِيفِ ، وَعَرَّفَ سَنَةً ، ثُمَّ تَصَرَّفَ فِيهَا ، وَقِيلَ : يُعَرِّفُ وَلَا يَعْزِلُ ٱلْقِيمَةَ ، وَإِنْ أَرَادَ ٱلْبَيْعَ . . رَفَعَ ٱلْأَمْرَ إِلَى ٱلْحَاكِمِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمٌ . . بَاعَ بِنَفْسِهِ وَحَبَسَ ثَمَنَهُ . . . .

(**فإن أكل . . عزل**) الملتقط (**قيمته مدَّة التعريف**) كما نقله ابن الرفعة عن جماعةٍ[١] ، والذي جزم به الشيخان : أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ؛ ليقبض عن المالك[٢] ، (**وعرَّف سنةً ، ثم تصرَّف فيها**) لأنه ليس له أن يتصرَّف في اللقطة قبل الحول ، فإذا أكل . . أُقيمَتِ القيمة مقامها .

(**وقيل**) وهو الأصح : (**يعرِّف ولا يعزل القيمة**) لأنه إذا لم يعزل . . فهو قرضٌ ، وإذا عزل . . فهو أمانةٌ ، والقرض أحفظ .

نعم ؛ لا بدَّ من إفرازها عند تملُّكها ؛ لأن تملُّك الدَّين لا يصح ، قاله القاضي[٣] .

والمعتبر : قيمة يوم الأخذ إن قصد الأكل ، وإلا . . فيوم الأكل .

(**وإن أراد البيع . . رفع الأمر إلى الحاكم**) لولايته ، (**فإن لم يكن حاكمٌ . . باع بنفسه وحبس ثمنه**) للضرورة ، فلو باع بنفسه مع وجود الحاكم . . لم يجز في أصحِّ الوجهين .

---

(١) كفاية النبيه (١١/٤٦٠) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢١٧) ، الشرح الكبير (٦/٣٦٢) .

(٣) انظر « المهمات » (٦/٢٩٥) .

وَإِنْ كَانَ مَا وَجَدَهُ يُمْكِنُ إِصْلَاحُهُ كَٱلرُّطَبِ ؛ فَإِنْ كَانَ ٱلْحَظُّ فِي بَيْعِهِ . . بَاعَهُ ، وَإِنْ كَانَ ٱلْحَظُّ فِي تَجْفِيفِهِ . . جَفَّفَهُ .

(**وإن كان ما وجده يمكن إصلاحه كالرطب**) الذي يتجفَّف ، والعنب الذي يتزبَّب (**فإن [كان] الحظُّ في بيعه . . باعه**) كله بإذن الحاكم إن وجده ، وإلا . . استقلالاً كما مرَّ (١)

(**وإن كان الحظ في تجفيفه . . جفَّفه**) لأنه مال غيره ، فرُوعِي فيه المصلحة ؛ كولي اليتيم ، فإن تبرَّع بتجفيفه الواجد أو غيره . . فذاك ، وإلا بيع بعضه لتجفيف الباقي ؛ حفظاً له ، وخالف الحيوانَ حيث يُباع كله ؛ لتكرُّر نفقته فيستوعبه ، فإن استوى الأمران . . باعه ؛ كما بحثه/ بعض المتأخرين ؛ لِمَا في البيع من قلَّة الكلفة . 1/511

خاتمة

[فيما لو أخذ اللقطة اثنان]

لو أخذ اللقطة اثنان ، فترك أحدهما حقَّه منها للآخر . . لم يسقط ، وإن أقام كلٌّ منهما بيّنةً بأنه الملتقط ، ولم يسبق تاريخ لهما . . تعارضتا .

ولو سقطت من الملتقط لها فالتقطها آخر . . فالأول أَولىٰ بها منه لسبقه .

* * *

ولو أمر واحدٌ آخرَ بالتقاط لقطةٍ رآها فأخذها . . [فهي للآمر] (٢) إن قصده

(١) انظر ما تقدم (٥/٥٨٤) .

(٢) في الأصل : (الآمر) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٥٣٩) .

[الآخر] ولو مع نفسه ، وإلا . . فهي له ، ولا يشكل هٰذا بما مرَّ في (الوكالة) من عدم صحَّتها في الالتقاط [1] ؛ لأن ذٰلك في عموم الالتقاط ، وهٰذا في خصوص لقطةٍ وُجِدت ، فالأمر بأخذها استعانةٌ مجرَّدةٌ علىٰ تناول شيءٍ معيَّنٍ .

* * *

وإن رآها مطروحة فدفعها برجله وتركها حتىٰ ضاعت . . لم يضمنها ؛ لأنها لم تحصل في يده ، ولو أخذها ودفعها لحاكمٍ ، ثم طلب منه إقالته منها ليعرِّفها ويتملَّكها . . مُنِع من ذٰلك ؛ لأنه أسقط حقَّه .

ولو أخذ خمراً أراقها صاحبها فتخلَّلت عنده . . ملكها بلا تعريفٍ لها ، وقبل تخلُّلها عليه إذا جمعها . . إراقتها ، إلا إذا علم أنها محترمةٌ . . فيعرِّفها كالكلب المحترم .

* * *

---

(١) انظر ما تقدم (٥/٣٤ ـ ٣٥) .

بابُ اللَّقيط

ٱلْتِقَاطُ ٱلْمَنْبُوذِ فَرْضٌ عَلَى ٱلْكِفَايَةِ . . . .

(باب) بيان (اللقيط) وحكمه

ويُسمَّىٰ ملقوطاً باعتبار أنه يُلقَط ، ومنبوذاً باعتبار أنه نُبِذ ؛ أي : أُلقِي في الطريق ونحوه ، ويُسمَّىٰ دعيّاً أيضاً .

والأصل فيه مع ما يأتي : قوله تعالىٰ : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ﴾ [١] ، وقوله تعالىٰ : ﴿ وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ ﴾ [٢] .

وأركان اللقط الشرعي : لقطٌ ، ولقيطٌ ، ولاقطٌ ، وكلها تُعلَم ممَّا يأتي .

* * *

(التقاط المنبوذ) بالمعجمة **(فرضٌ على الكفاية)** لقوله تعالىٰ : ﴿ وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [٣] ؛ إذ بإحيائها سقط الحرج عن الناس ، فأحياهم بالنجاة من العذاب ، ولأنه آدميٌّ محترمٌ ، فوجب حفظه ؛ كالمضطر إلىٰ طعام غيره ، بل أَولىٰ ؛ لأن البالغ العاقل ربَّما احتال لنفسه .

وفارق اللقطة حيث لا يجب التقاطها : بأن المغلَّب عليها الاكتساب ، والنفس تميل إليه ، فاستُغني بذٰلك عن الوجوب ؛ كالنكاح والوطء فيه ، فلو

---

(١) سورة المائدة : (٢) .

(٢) سورة الحج : (٧٧) .

(٣) سورة المائدة : (٣٢) .

فَإِذَا وُجِدَ لَقِيطٌ . . حُكِمَ بِحُرِّيَّتِهِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُ مَالٌ مُتَّصِلٌ بِهِ أَوْ تَحْتَ رَأْسِهِ . . فَهُوَ لَهُ . . . .

لم يعلم بالمنبوذ إلا واحدٌ . . لزمه أخذه ، فلو لم يلتقطه حتىٰ علم به غيره . . فهل يجب عليهما ؛ كما لو علما معاً ، أو على الأوَّل ؟ أبدى ابن الرفعة فيه احتمالَين[١] ، قال السبكي : (**والذي يجب القطع به** : أنه يجب عليهما)[٢]

❊

واللقيط صغيرٌ أو مجنونٌ منبوذٌ ، لا كافل له معلومٌ ولو مميزاً ؛ لحاجته إلى التعهُّد ، (**فإذا وُجِد لقيطٌ . . حُكِم بحريته**) ظاهراً وإن ادَّعىٰ رقَّه لاقطٌ أو غيره ؛ لأن غالب الناس أحرارٌ ، ولأن رجلاً في زمن عمر رضي الله تعالىٰ عنه التقط منبوذاً ، فحكم بحريته[٣]

[حكم المال الذي مع اللقيط]

(**فإن كان معه مالٌ متَّصلٌ به**) كثيابٍ ملفوفةٍ عليه وملبوسةٍ له (**أو**) مفروشةٍ تحته أو (**تحت رأسه**) مثلاً ، أو مغطىً بها . . (**فهو له**) وكذا ما في جيبه من دراهم وغيرها ، ومهده الذي هو فيه ، ودنانير منثورةٌ فوقه وفوق فراشه / وتحته وتحت فراشه ؛ لأن له يداً واختصاصاً كالبالغ ، **والأصل** : الحرية ؛ كما مرَّ ما لم يُعرَف غيرها . ٥١١/ب

❊

(١) المطلب العالي (ق ١٥/٤) مخطوط .

(٢) انظر « أسنى المطالب » (٤٩٦/٢) .

(٣) أخرجه مالك (٧٣٨/٢) ، وعبد الرزاق (١٣٨٤٠) ، وابن أبي شيبة (٣٢٢٢٣) ، **والرجل** : هو سيدنا أبو جميلة سُنين السلمي رضي الله عنه .

وَإِنْ كَانَ مَدْفُوناً تَحْتَهُ . . لَمْ يَكُنْ لَهُ . . . .

وإن وُجِد في دارٍ أو حانوتٍ أو خيمةٍ ليس في هٰذه المذكورات غيره ، ولم يُعرَف لها مستحقٌّ . . فهي له ؛ لِمَا مرَّ ، وإن كان فيها لقيطان ، أو لقيطٌ وغيره . . فهي لهما ؛ كما لو كانا علىٰ دابةٍ ، فلو ركبها أحدهما ومسك الآخر زمامها . . فهي للراكب فقط ؛ لتمام الاستيلاء ، وما في « الروضة » عن ابن كَجٍّ من أنها بينهما [١] . . وجهٌ ضعيفٌ .

ولو كان على الأرض وعنانها بيده أو مربوطةٌ به . . فهي له ، وكل ما على الدابة التي حُكِم بأنها له . . له .

* * *

ولا يُحكَم له ببستانٍ وُجِد فيه في أحد وجهين رجَّحه بعض المتأخرين ، بخلاف الدار ؛ لأن سكناها تصرُّفٌ ، والحصول في البستان ليس تصرُّفاً ولا سكنىٰ ، وقضيته : أنه إذا كان يُسكَن عادةً . . يكون كالدار .

ولا يُحكَم له بضيعةٍ وُجِد فيها ؛ كما قال في « الروضة » : (ينبغي القطع بأنه لا يُحكَم له بها) [٢] .

* * *

(**وإن كان**) المال (**مدفوناً تحته . . لم يكن له**) وإن شهدت له به رقعةٌ مكتوبةٌ وُجِدت في يده ؛ كما في البالغ العاقل ؛ إذ لا يُقصَد بالدفن الضم إلى اللقيط .

---

(١) روضة الطالبين (٤/٢٣١) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢٣١) .

وَإِنْ كَانَ بِقُرْبِهِ . . فَقَدْ قِيلَ : هُوَ لَهُ ، وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ . وَإِنْ وُجِدَ فِي بَلَدِ ٱلْمُسْلِمِينَ وَفِيهِ مُسْلِمُونَ ، أَوْ فِي بَلَدٍ كَانَ لَهُمْ ثُمَّ أَخَذَهُ ٱلْكُفَّارُ . . فَهُوَ مُسْلِمٌ . . . .

نعم ؛ إن حُكِم بأن المكان له . . فهو له مع المكان ؛ كما صرَّح به الدارمي وغيره[1] .

(وإن كان بقربه . . فقد قيل : هو له) عملاً بالظاهر .

(وقيل) وهو الأصح : (ليس له) لأن يده لا تثبت إلا على ما اتَّصل به ، بخلاف الموجود بقرب المكلَّف ؛ فإنه يُحكَم بملكه له ؛ لأن له رعايةً .

نعم ؛ إن حُكِم بأن المكان له ؛ كدارٍ . . فهو له مع المكان ؛ كما يُؤخَذ ممَّا مرَّ ، وصرَّح به النووي في « نكته »[2] .

[الحكم بإسلام اللقيط]

(وإن وُجِد في بلد المسلمين) سواء اختطَّه المسلمون أم فتحوه (وفيه مسلمون) أو مسلمٌ وإن كان فيها أهل ذمَّةٍ أو [معاهَدون][3] ، (أو في بلدٍ كان لهم) أي : للمسلمين (ثم أخذه الكفار) أي : جلاهم الكفار عنها وفيها مسلمٌ يمكن أن يكون اللقيط ولده ولو نفاه أو كان تاجراً أو أسيراً . . (فهو مسلمٌ)

---

(١) انظر « النجم الوهاج » (٦/٦٠) .

(٢) نكت التنبيه (ق/١١٨) مخطوط .

(٣) في الأصل : (متعاهدون) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٥٤٥) .

وَإِنْ وُجِدَ فِي بَلَدٍ فَتَحَهُ ٱلْمُسْلِمُونَ وَلَا مُسْلِمَ فِيهِ ، أَوْ فِي بَلَدِ ٱلْكُفَّارِ وَلَا مُسْلِمَ فِيهِ . . فَهُوَ كَافِرٌ . وَإِنْ وُجِدَ فِي بَلَدِ ٱلْكُفَّارِ وَفِيهِ مُسْلِمُونَ . . فَقَدْ قِيلَ : هُوَ مُسْلِمٌ ، وَقِيلَ : هُوَ كَافِرٌ . . . .

تغليباً للإسلام ، وفي [مسند][١] أحمد خبر : « الإسلام يعلو ولا يُعلَىٰ »[٢]

* * *

(**وإن وُجِد في بلدٍ فتحه المسلمون ولا مسلم فيه ، أو في بلد الكفار ولا مسلم فيه . . فهو كافرٌ**) إذ لا مسلم يحتمل إلحاقه به ، وفي الأولىٰ وجهٌ : أنه مسلمٌ ؛ لجواز أن يكون فيها من يكتم إيمانه .

(**وإن وُجِد في بلد الكفار وفيه مسلمون**) أو مسلمٌ يمكن أن يكون اللقيط ولده ؛ كما مرَّ . . (**فقد قيل**) وهو الأصح : (**هو مسلمٌ**) تغليباً للإسلام .

(**وقيل : هو كافرٌ**) تغليباً للدار ، ولا أثر لعابري السبيل من المسلمين ؛ كما لا أثر للمحبوسين في المطامير[٣] .

فإن كان أهل البقعة مِلَلاً مختلفةً . . جُعِل من أقربهم إلى الإسلام .

* * *

ولو وُجِد في [بريَّةٍ][٤] : فإن كانت لنا . . فمسلمٌ ، أو لغيرنا . . فكافرٌ إن

---

(١) في الأصل : (مستند) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٩٩) .
(٢) مسند أحمد (٥/٢٣٠) بنحوه عن سيدنا معاذ بن جبل رضي الله عنه ، وأخرجه الدارقطني (٣/٢٥٢) واللفظ له عن سيدنا عائذ بن عمرو المزني رضي الله عنهما .
(٣) أمكنة تُحفَر في الأرض وتخبأ فيها الأشياء ؛ كالحنطة ونحوها .
(٤) في الأصل : (تربته) ، والتصويب من سياق عبارة « مغني المحتاج » (٢/٥٤٦) .

وَإِنِ ٱلْتَقَطَهُ حُرٌّ أَمِينٌ مُسْلِمٌ مُقِيمٌ . . أُقِرَّ فِي يَدِهِ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهِدَ عَلَيْهِ وَعَلَىٰ مَا مَعَهُ ، وَقِيلَ : يَجِبُ ذَٰلِكَ . . . .

٥١٢/أ لم يمكن أن يكون من مسلم ، و[ولدُ][١] / الذمّية من الزنا ـ أي : من مسلم ـ قال ابن حزمٍ : (مسلمٌ)[٢] ، **والظاهر** : خلافه ؛ لأنه لا يُنسَب إليه ، بدليل أنه يجوز له أن يتزوَّج ببنته من الزنا .

❊

(**وإن التقطه حرٌّ أمينٌ**) أي : عدلٌ في الظاهر رشيدٌ (**مسلمٌ مقيمٌ . . أُقِرَّ في يده**) للإجماع ، ولأنها ولايةٌ وقد وُجِدَت شروطها ؛ كولاية القضاء ، ولا يفتقر إلىٰ إذن الحاكم ، لٰكن يستحبُّ رفعه إليه .

نعم ؛ لو وجده فأعطاه غيره . . لم يجز حتىٰ يرفعه إلى الحاكم ، قاله الدارمي[٣] .

❊

(**ويستحبُّ أن يُشهِد عليه**) أي : التقاطه (**وعلىٰ ما معه**) أي : اللقيط احتياطاً ؛ اعتماداً على الأمانة .

(**وقيل**) **وهو الأصح** : (**يجب ذٰلك**) أمَّا اللقيط . . فخوفاً من أن يسترقَّه الملتقط .

وفارق الإشهاد علىٰ لقط اللقطة ـ كما مرَّ[٤] ـ : بأن الغرض فيها المال ،

---

(١) في الأصل : (والد) ، والتصويب من سياق عبارة « مغني المحتاج » (٥٤٦/٢) .

(٢) المحلىٰ (٣٢٤/٧) .

(٣) انظر « النجم الوهاج » (٥٢/٦) .

(٤) انظر ما تقدم (٥٦٠/٥) .

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ . . كَانَتْ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ ، وَلَا يُنْفِقُ عَلَيْهِ ٱلْمُلْتَقِطُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ ٱلْحَاكِمِ . . . .

والإشهاد في التصرُّف المالي مستحبٌّ ، وفي اللقيط حفظ حريته ونسبه ، فوجب الإشهاد ؛ كما في النكاح ، وبأن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ، ولا تعريف في اللقيط .

وأما الإشهاد على ما معه . . فتبعاً له ، وقيَّد الماورديُّ وجوب الإشهاد عليه وعلى ما معه بالملتقط بنفسه [1] ، أما من سلَّمه الحاكم له . . فالإشهاد مستحبٌّ له قطعاً ، وهو ظاهرٌ .

وعلى الوجوب : لو ترك الإشهاد . . لا تثبت له الولاية عليه ولا على ما معه ، وجاز للحاكم انتزاع اللقيط وما معه منه .

[الإنفاق على اللقيط]

(**فإن كان له مالٌ . . كانت نفقته في ماله**) الثابت له بما مرَّ ، أو من موقوفٍ على اللُّقطاء ، أو موقوفٍ عليه ، أو موصىً لهم أو له به ، أو موهوبٍ له ؛ [لغناه] [2] بذلك ، ويقبل له القاضي من ذلك ما يحتاج إلى القَبول ؛ لأنه لو كانَ في حضانة أبيه الموسر وله مالٌ . . كانت نفقته في ماله ، فهنا أَولى .

* * *

(**ولا ينفق عليه الملتقِط من ماله**) أي : اللقيط (**بغير إذن الحاكم**)

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٤٧٢ ـ ٤٧٣) .

(٢) في الأصل : (لغنائه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٩٨) .

فَإِنْ أَنْفَقَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . . ضَمِنَ ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ ٱلْحَاكِمُ . . جَازَ ، وَقِيلَ : عَلَىٰ قَوْلَيْنِ ؛ أَصَحُّهُمَا : أَنَّهُ يَجُوزُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمٌ فَأَنْفَقَ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ . . ضَمِنَ ، وَإِنْ أَشْهَدَ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ـ وَقِيلَ : وَجْهَانِ ـ أَحَدُهُمَا : يَضْمَنُ . . . .

إذا أمكن ؛ لأن الذي يلي التصرُّف في ماله بغير توليةٍ أبوه ، وجدُّه من قِبَل أبيه ، وأما غيرهما من العصبات . . فليس له ذٰلك وإن كان حاضناً ، فالملتقط أَولىٰ .

(**فإن أنفق بغير [إذنه]**[1] . . **ضمن**) لتعدّيه ؛ لأنه تصرَّف في مال غيره بغير إذنٍ ولا ولايةٍ ، (**فإن أذن له الحاكم . . جاز**) لأنه أمينٌ ، فيصير بالإذن وليّاً .

(**وقيل : علىٰ قولين ؛ أصحُّهما : أنه يجوز**) لِمَا مرَّ .

والثاني : لا يجوز ؛ لاتّحاد القابض والمقبض .

❊ ❊ ❊

(**وإن لم يكن حاكمٌ فأنفق من غير إشهادٍ . . ضمن**) لتركه الاحتياط ، (**وإن أشهد . . ففيه قولان ، وقيل**) وهو الأصح : (**وجهان**) كما جزم به الرافعي[2] (**أحدهما : يضمن**) لأنه أنفق ماله بغير إذنٍ معتبرٍ ، فأشبه ما لو أنفقه مع وجود الحاكم .

---

(١) في الأصل : (إذن) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) الشرح الكبير (٦/٣٩٤) .

وَٱلثَّانِي : لَا يَضْمَنُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ . . وَجَبَتْ نَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ ٱلْمَالِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يُسْتَقْرَضُ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَٱلثَّانِي : يُقَسَّطُ عَلَى ٱلْمُسْلِمِينَ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ . . . .

(**والثاني**) وهو **الأصح** : (**لا يضمن**) لأنه محلُّ الحاجة ، ولا يجوز تضييع اللقيط وهو أحقُّ به .

❊ ❊ ❊

(**وإن لم يكن له مالٌ . . وجبت نفقته في بيت المال**) من سهم المصالح بلا رجوعٍ ؛ كما صرَّح به في « الروضة »[1] ، [وقياساً][2] على البالغ/ المعسر ، بل أولىٰ . ٥١٢/ب

(**فإن لم يكن**) في بيت المال شيءٌ ، أو كان وثَمَّ ما هو أهمُّ من ذٰلك ؛ كسدِّ ثغرٍ يعظم ضرره لو تُرِك ، أو حالت الظلمة دونه . . (**ففيه قولان ؛ أحدهما**) وهو **الأصح** : (**يستقرض له**) الإمام من المسلمين (**في ذمَّته**) أي : اللقيط ؛ كالمضطرِّ إلى الطعام .

(**والثاني : يقسط على المسلمين من غير عوضٍ**) لأنه محتاجٌ عاجزٌ فأشبه الفقير الزَّمِن ، **وعلى الأوَّل** : لو تعذَّر الاقتراض . . قسَّطها على المسلمين قرضاً ، وجعل نفسه منهم ، فإن تعذَّر استيعابهم لكثرتهم . . قسَّطها علىٰ من رآه منهم باجتهادٍ ، فإنِ استووا في اجتهاده . . تخيَّر ، فلو ظهر له سيِّدٌ . . رجعوا عليه ، أو ظهر له إذا كان حُرّاً مالٌ أو اكتسبه . . فالرجوع عليه ، أو قريبٌ . . رجع عليه .

❊ ❊ ❊

---

(١) روضة الطالبين (٤/٢٣٢) .

(٢) في الأصل : (قياساً) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٤٩٨) .

وَإِنْ أَخَذَهُ عَبْدٌ أَوْ فَاسِقٌ . . ٱنْتُزِعَ مِنْهُ . . . .

واستشكل النووي الرجوع على القريب ؛ لأن نفقة القريب تسقط بمضي الزَّمان [١] .

وأجاب عنه الأذرعي وغيره : بأن النفقة وقعت قرضاً بإذن الإمام ، والحاكم إذا اقترض النفقة علىٰ من تلزمه . . ثبت الرجوع بها [٢] ، ولا تسقط بمضي الزمان ؛ كما صرَّح به النووي وغيره في بابها [٣] .

❊ ❊ ❊

فإن لم يظهر له مالٌ ولا قريبٌ ولا كسبٌ ، ولا للرقيق سيِّدٌ . . فالرجوع علىٰ بيت المال من سهم الفقراء أو الغارمين بحسب ما يراه الإمام ، وإن حصل في بيت المال شيءٌ قبل بلوغه ويساره . . قضىٰ منه ، وإن حصل له مالٌ مع بيت المال معاً . . فمن ماله ، وسواء فيما ذُكِر اللقيط المحكوم بإسلامه أم بكفره على الأصح وإن صحَّح في « الكفاية » خلافَه تبعاً للماوردي [٤] .

❊

(وإن أخذه عبدٌ) أو أمةٌ بغير إذن السيد (أو فاسقٌ) أو محجورٌ عليه بسفهٍ ، أو صبيٌّ أو مجنونٌ . . (انتُزِع منه) .

أما الرقيق . . فلأن الحضانة تبرُّعٌ ، وليس فيه أهليته ، فإن علمه السيد وأقرَّه

---

(١) روضة الطالبين (٤/٢٣٢) .

(٢) قوت المحتاج (٤/١٩٦ ـ ١٩٧) .

(٣) روضة الطالبين (٤/٢٣٢) .

(٤) كفاية النبيه (١١/٤٧٦) ، الحاوي الكبير (٩/٤٧٤) .

وَإِنْ أَخَذَهُ كَافِرٌ ؛ فَإِنْ كَانَ ٱللَّقِيطُ مَحْكُوماً بِإِسْلَامِهِ . . لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ مَحْكُوماً بِكُفْرِهِ . . أُقِرَّ فِي يَدِهِ . . . .

عنده ، أو التقطه بإذنه . . فالسيد هو الملتقِط ، والعبد نائبه في الأخذ والتربية ؛ إذ يده كيده ، ولا يصح من مكاتبٍ وإن أذن له سيده . . لأن حقَّ الحضانة ولايةٌ ، وليس المكاتب أهلاً لها ، فإن قال له السيِّد : (التقط لي) . . فالسيد هو الملتقِط .

ولا يصح التقاط المبعَّض ـ كما قاله الروياني ـ لذلك[1] ، ولا يصح التقاطه أيضاً في نوبة سيده ، ولا إذا لم يكن بينهما مهايأةٌ إلا إذا قال : (التقط لي) كما في المكاتب .

وأما الفاسق والمحجور عليه بسفهٍ . . فغير مؤتمنين شرعاً وإن كان الثاني عدلاً

وأمَّا الصبي والمجنون . . فلعدم أهليتهما .

* * *

(**وإن أخذه كافرٌ**) عدلٌ في دينه : (**فإن كان اللقيط محكوماً بإسلامه . . لم يُقَر في يده**) لأن الكافر لا يلي المسلم ، (**وإن كان محكوماً بكفره . . أُقِرَّ في يده**) وإن اختلف دينهما ؛ كيهوديٍّ ونصرانيٍّ ؛ لِمَا بين الكافرين من الموالاة ، وللمسلم التقاطه ؛ لأنه ربَّما كان سبباً لإسلامه .

ويلي الذمِّيُّ ونحوه التقاطَ الحربي ،/ بخلاف عكسه . ١/٥١٣

---

(١) انظر « أسنى المطالب » (٢/٤٩٦) .

وَإِنْ أَخَذَهُ ظَاعِنٌ ؛ فَإِنْ لَمْ تُخْتَبَرْ أَمَانَتُهُ . . لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَإِنِ ٱخْتُبِرَتْ . . نَظَرْتَ ؛ فَإِنْ كَانَ ظَاعِناً إِلَى ٱلْبَادِيَةِ وَٱللَّقِيطُ فِي حَضَرٍ . . لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ ظَاعِناً إِلَىٰ بَلَدٍ آخَرَ . . فَفِيهِ وَجْهَانِ . . . .

ولا يُشترَط في الملتقِط الذكورة ولا الغنىٰ ؛ إذ الحضانة بالإناث أليق ، والفقير لا يشغله [عنها] [1] طلب القوت .

❊ ❊

(**وإن أخذه ظاعنٌ**) أي : مسافرٌ (**فإن لم تُختبَر أمانته . . لم يُقَر في يده**) لأنه لا يُؤمَن أن يسترقَّه في غيبته ، بخلاف ما لو أخذه مقيمٌ لم تُختبَر أمانته . . فإنه لا يُنزَع منه ، بل يُراقَب بإذن الحاكم سرّاً لا جهراً ؛ لئلا يتأذّىٰ ، فإن وُثِق به . . فكعدلٍ ، فلا يُنزَع منه ولا يُراقَب .

(**وإن [اختُبِرت]** [2] **. . نَظَرْت ؛ فإن كان ظاعناً إلى البادية واللقيط في حضرٍ . . لم يُقَر في يده**) لخشونة عيش البادية ، وفوات العلم بالدِّين والصنعة فيها .

نعم ؛ لو قرُبت بحيث يسهل المراد منها . . لم يُنزَع منه ؛ لانتفاء العلَّة ؛ كما صرَّح به في « أصل الروضة » [3] .

(**وإن كان ظاعناً إلىٰ بلدٍ آخر . . ففيه وجهان**) **أصحُّهما** : الجواز ؛ لانتفاء ما ذُكِر في البادية .

---

(١) في الأصل : (عنهما) ، والتصويب من « كنز الراغبين » (٣/١٧٦) .

(٢) في الأصل : (اختبر) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٣) روضة الطالبين (٤/٣٣٠) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/٣٨٧) .

وَإِنْ كَانَ ٱللَّقِيطُ فِي ٱلْبَادِيَةِ ، فَأَخَذَهُ حَضَرِيٌّ يُرِيدُ حَمْلَهُ إِلَى ٱلْحَضَرِ . . جَازَ ، وَإِنْ كَانَ بَدَوِيّاً ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوْضِعٌ رَاتِبٌ . . أُقِرَّ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَىٰ مَوْضِعٍ . . فَقَدْ قِيلَ : يُقَرُّ فِي يَدِهِ ، وَقِيلَ : لَا يُقَرُّ . . .

والثاني : لا ؛ لِمَا فيه من تعريض نسبه للضياع ؛ فإنه يُطلَب غالباً حيث ضاع ، والنقل من باديةٍ إلىٰ باديةٍ . . كالنقل من بلدٍ إلىٰ بلدٍ .

* * *

(**وإن كان اللقيط في البادية**) المهلكة . . وجب نقله ، أو غير المهلكة (**فأخذه حضريٌّ يريد حمله إلى الحضر . . جاز**) لأنه أرفقُ باللقيط .

(**وإن كان**) الواجد له (**بدوياً**) ووجده ببلدٍ . . فكالحضري ، فليس له نقله إلىٰ باديةٍ ولا إلىٰ قريةٍ ، وله نقله إلىٰ بلدٍ آخر في **الأصح** ، وإن وجده البدوي ببادية (**فإن كان له موضعٌ راتبٌ . . أُقِرَّ في يده**) لأن الحلَّة كالقرية (**وإن كان ينتقل من موضعٍ إلىٰ موضعٍ**) لطلب الماء والكلأ . . (**فقد قيل**) وهو **الأصح** : (**يُقَرُّ في يده**) لأنها كبلده ، ولأنه أرجىٰ لظهور نسبه .

(**وقيل : لا يُقَرُّ**) لِمَا فيه من تعريض نسبه للضياع ، **ومحلُّ جواز النقل** : عند أمن الطريق وتواصل الأخبار وأمن المقصد ، وإلا . . فلا يجوز .

* * *

ولو ازدحم اثنان علىٰ أخذه وهما أهلٌ للالتقاط ؛ بأن قال كلٌّ منهما : (أنا آخذه) . . جعله الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما ؛ إذ لا حقَّ لواحدٍ منهما قبل أخذه ، فليفعل الأحظَّ له .

وَإِنِ ٱلْتَقَطَهُ رَجُلَانِ مِنْ أَهْلِ ٱلْحَضَانَةِ ، وَأَحَدُهُمَا مُوسِرٌ ، وَٱلْآخَرُ مُعْسِرٌ . . فَٱلْمُوسِرُ أَوْلَىٰ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاعِناً وَٱلْآخَرُ مُقِيماً . . فَٱلْمُقِيمُ أَوْلَىٰ .

وإن سبق واحدٌ منهما فالتقطه . . مُنِع الآخر من مزاحمته ؛ لسبقه بالالتقاط ، ولا يثبت السبق بالوقوف علىٰ رأسه بغير أخذٍ .

[حكم ما لو التقط اللقيطَ رجلان]

(**وإن التقطه رجلان**) مثلاً (**من أهل الحضانة ، وأحدهما موسرٌ ، والآخر معسرٌ . . فالموسر أَولىٰ**) لأنه قد يواسيه بماله ، ولو تفاوتا في الغنىٰ . . لم يُقدَّم أغناهما .

نعم ؛ لو كان أحدهما بخيلاً والآخر جواداً . . **فقياس تقديم الغني** : أن يُقدَّم الجواد ؛ لأن حظَّ اللقيط عنده أكثر ، **وظاهرٌ** : أنه يُقدَّم الغني على الفقير وإن كان الغني بخيلاً ، ويُقدَّم عدلٌ علىٰ مستورٍ ؛ احتياطاً للَّقيط .

* * *

(**فإن [كان] أحدهما ظاعناً**) بلقيط بلدٍ أو قريةٍ إلىٰ باديةٍ أو قريةٍ (**والآخر مقيماً . . فالمقيم أَولىٰ**)[1] فيُقدَّم به ؛ لأنه أرفقُ به وأحوطُ لنسبه ، لا علىٰ ظاعنٍ يظعن به إلىٰ بلدةٍ/أخرىٰ ، بل يستويان ؛ بناءً علىٰ أنه يجوز للمنفرد نقله إلىٰ بلده ، واختار النووي تقديم قرويّ مقيمٍ بالقرية علىٰ بلديّ ظاعنٍ ، ونقله عن ابن كَجٍّ[2] ، **لكن منقول الأصحاب** : أنهما يستويان ؛ كما نقله هو تبعاً للرافعي[3]

٥١٣/ب

(١) في هامش الأصل : (بلغ مقابلة علىٰ حسب الطاقة بالروضة المطهرة) .
(٢) روضة الطالبين (٤/٢٣٠) .
(٣) الشرح الكبير (٦/٣٨٧) .

فَإِنْ تَشَاحَّا . . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا حَقَّهُ . . أُقِرَّ فِي يَدِ ٱلْآخَرِ .

ويُقدَّم حضريٌّ علىٰ بدويٍ إن وجداه بمهلكةٍ ، ويستويان فيه إن وجداه بمحلَّةٍ أو قبيلةٍ أو نحوهما .

* * *

(فإن) استويا في الصفات و(**تشاحَّا . . أُقرِع بينهما**) لعدم الأولوية ، ولا يُهايأ بينهما ؛ للإضرار باللقيط ، ولا يُترَك في يدهما ؛ لتعذُّر أو تعسُّر الاجتماع على الحضانة ، ولا يخرج عنهما ؛ لِمَا فيه من إبطال حقِّهما ، ولا يُقدَّم مسلمٌ علىٰ كافرٍ في لقيطٍ كافرٍ ، ولا رجلٌ على امرأةٍ ، بل يُقرَع بينهما ولو اختار اللقيط أحدهما ولو كان اللقيط مميِّزاً ، بخلاف تخيير الصبي المميِّز بين أبويه ؛ لتعويلهم ثَمَّ على الميل الناشئ عن الولادة ، وهو معدومٌ هنا ، قال الأذرعي : (والوجه : تقديم البصير على الأعمىٰ ، والسليم على المجذوم والأبرص إن قيل بأهليتهم للالتقاط)[١]

* *

(**وإن ترك أحدهما حقَّه**) لصاحبه قبل القرعة لا بعدها . . (**أُقِرَّ في يد الآخر**) فينفرد به ؛ لأن الحقَّ كان لهما ، فإذا ترك أحدهما حقَّه . . ثبت للآخر كالشفيعَينِ ، بخلافه بعد القرعة ، لا يجوز ؛ كما ليس للمنفرد نقل حقِّه إلىٰ غيره .

نعم ؛ له تركُ حقِّه وتسليمه إلى الحاكم بلا عذرٍ ، ولا يُلزَم بحفظه ؛ بناءً علىٰ أن فرض الكفاية لا يلزم تمامه بالشروع فيه إلا مسائل ليس هـٰذا منها .

---

(١) قوت المحتاج (٤/١٨٦) .

وَقِيلَ : يُرْفَعُ إِلَى ٱلْحَاكِمِ حَتَّىٰ يُقِرَّهُ فِي يَدِ ٱلْآخَرِ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ . وَإِنِ ٱدَّعَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ ٱلْمُلْتَقِطُ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِمَا . . أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . . سَلَّمَهُ ٱلْحَاكِمُ إِلَىٰ مَنْ يَرَىٰ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً . . حُكِمَ لَهُ ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيِ ٱلتَّارِيخِ . . قُدِّمَ أَقْدَمُهُمَا تَارِيخاً ، . . . .

(**وقيل : يُرفَع إلى الحاكم حتىٰ يقرَّه في يد الآخر**) كما لو ترك المنفرد حقَّه وسلَّمه لأمينٍ بغير إذن الحاكم ، (**وليس بشيءٍ**) لِمَا مرَّ .

* * *

(**وإن ادَّعىٰ كل واحدٍ منهما أنه الملتقِط ؛ فإن كان في يد أحدهما . . فالقول قوله مع يمينه**) لأن اليد تشهد له ، (**وإن كان في [يدهما]**[1] . . **أُقرِع بينهما**) لتساويهما ، ولا يُهايأ بينهما ؛ للإضرار باللقيط ؛ كما مرَّ ، فتعيَّنتِ القرعة .

(**وإن لم يكن في يد واحدٍ منهما . . سلَّمه الحاكم إلىٰ مَن يرىٰ منهما أو من غيرهما**) لأنه لم يثبت لهما حقٌّ .

* * *

(**وإن أقام أحدهما بينةً . . حُكِم له**) بها ؛ عملاً بالبينة ، ولا يكفي فيها إلا شاهدان ، (**وإن أقاما بينتَينِ مختلفتَي التاريخ . . قُدِّم [أقدمهما]**[2] **تاريخاً**)

(١) في الأصل : (يده) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

(٢) في الأصل : (أحدهما) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَإِنْ كَانَتَا مُتَعَارِضَتَيْنِ . . سَقَطَتَا فِي أَحَدِ ٱلْقَوْلَيْنِ ، وَصَارَا كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ . وَإِنِ ٱدَّعَىٰ نَسَبَهُ مُسْلِمٌ . . لَحِقَ بِهِ وَتَبِعَهُ فِي ٱلْإِسْلَامِ ، فَإِنْ كَانَ ٱلْمُدَّعِي هُوَ ٱلْمُلْتَقِطَ . . ٱسْتُحِبَّ أَنْ يُقَالَ لَهُ : (مِنْ أَيْنَ هُوَ ٱبْنُكَ ؟) . . . .

لثبوت سبقه إلى الالتقاط ، (**وإن كانتا متعارضتَين . . سقطتا في أحد القولين**) وهو الأصح (**وصارا كما لو لم يكن بيّنةٌ**) لعدم المرجِّح .

والقول الثاني : أنهما يستعملان بالقرعة ، ولا يجيء الوقف ؛ لأنه يضرُّ باللقيط ، ولا القسمة ؛ لعدم إمكانها .

[حكم استلحاق اللقيط]

(**وإن ادَّعىٰ نسبه**) أي : اللقيط (**مسلمٌ**) حرٌّ ذكرٌ . . (**لَحِق به وتبعه [في الإسلام]**) بلا بينةٍ ولا قافةٍ بالشروط الآتية في (الإقرار) لأنه أقرَّ بحقٍّ ، فأشبه ما لو أقرَّ بمالٍ ، ولأن إقامة البينة على النسب ممَّا يعسُر ، فلو لم نثبته بالاستلحاق . . لضاع كثيرٌ من الأنساب ، وسواء الملتقط وغيره ، الرشيد والسفيه /. ١/٥١٤

* * *

(**فإن كان المدَّعي هو الملتقِط . . استُحِبَّ أن يقال له : من أين هو ابنك ؟**) فربَّما يتوهَّم أن الالتقاط يفيد النسب ، قال الزركشي : (وينبغي وجوبه إذا كان ممَّن يجهل ذٰلك ؛ احتياطاً للنسب)[١] ، وصار المدَّعي مستحقّاً لتربيته دون غيره .

* * *

(١) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/ ٦٤) مخطوط .

وَإِنِ ٱدَّعَاهُ كَافِرٌ . . لَحِقَ بِهِ . . . .

ولو كان للمستلحق امرأةٌ فأنكرت كونه ابنها . . لم يلحقها ، ولو أقام آخرُ بينةً بأنه ابنه . . قُدِّمتِ البينة ، وانقطع نسبه من الأوَّل ، ولو أقام آخرُ بيِّنةً أنه وُلِد علىٰ فراشه . . قُدِّم علىٰ صاحب البيِّنة المطلقة ؛ كما قاله البندنيجي وغيره[١]

❊

(وإن ادَّعاه كافرٌ . . لَحِق به) كالمسلم ؛ لاستوائهما في الجهات المثبتة للنسب ، وإن استلحقه عبدٌ . . لَحِقه في النسب خاصَّة ، وسواء أصدَّقه السيد فيما استلحق أم كذَّبه ؛ لأنه كالحرِّ في أمر النسب ؛ لإمكان حصوله من نكاحٍ أو وطءِ شبهةٍ ، ولا عبرة بإضرار السيد بانقطاع الإرث عنه لو أعتقه ؛ بدليل أنَّ من استلحق ابناً وله أخٌ . . يُقبَل استلحاقه .

ولو أقرَّ عبدٌ بأخٍ أو عمٍّ . . لم يلحقه ؛ كما صرَّحوا به في (الإقرار) خلافاً لِمَا هو ظاهر كلام « الروضة » هنا[٢] ؛ فقد منعه البلقيني ، قال : (لأنه يُلحِق النسب بغيره ، **وشرطه** : أن يصدر من وارثٍ [حائزٍ])[٣] ، قال : (ولعلَّه يتصوَّر فيما إذا كان حالة موت الجد حرّاً ، ثم استُرِقَّ لكفره وحرابته ، فإذا أقرَّ به . . لحق الميت)[٤] ، ولا يُسلَّم اللقيط إلى العبد ؛ لعجزه عن نفقته ؛ إذ لا مال له ، وعن حضانته ؛ لأنه لا يتفرَّغ لها .

---

(١) انظر « كفاية النبيه » (١١/٤٨٤) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢٤٢) .

(٣) في الأصل : (جائز) ، والتصويب من « الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام » .

(٤) الاعتناء والاهتمام بفوائد شيخي الإسلام (ق ٢/١٦٩) مخطوط ، وقال الشارح ←

وَإِنْ أَقَامَ ٱلْبَيِّنَةَ عَلَىٰ ذَٰلِكَ . . تَبِعَهُ ٱلْوَلَدُ فِي ٱلْكُفْرِ وَسُلِّمَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً . . لَمْ يَتْبَعْهُ فِي ٱلْكُفْرِ . . . .

ولو استلحق العتيق ولداً . . لحقه ؛ لأنه أَولىٰ من العبد ؛ لاستقلاله بالنكاح والتسرِّي .

أو أخاً أو نحوه . . لم يُقبَل كما سيأتي في (باب الإقرار) لِمَا فيه من الإضرار بالمولىٰ ؛ وهو منعه من الإرث .

* * *

فإن قيل : إنه إذا أقرَّ بابنٍ . . كان كذٰلك .

أُجيب : بأنه وإن منعه من إرث نفسه لا يمنعه من إرث من أقرَّ بنسبه ، بخلافه هنا ؛ فإنه يمنعه من الجهتَينِ .

* * *

وإن استلحق حرٌّ عبدَ غيرِه وهو مكلَّفٌ فصدَّقه . . لحِقَه ، ولا عبرة بما فيه من قطع الإرث المتوهَّم بالولاء ، أو وهو صغيرٌ أو مجنونٌ . . لم يلحقه إلا ببينةٍ ؛ كما سيأتي في (الإقرار) .

* * *

(**وإن أقام**) الكافر (**البينة علىٰ ذٰلك . . تبعه الولد في الكفر وسُلِّم إليه**) عملاً بالبينة .

(**وإن لم يقم بينةً . . لم يتبعه في الكفر**) لأنه يحتمل كونه كافراً وكونه

← رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٥٥٢) : (وهٰذا بعيدٌ لا ينظر إليه إلا إن ثبت) ، وانظر « حاشية الشهاب الرملي علىٰ أسنى المطالب » (٢/٥٠٢) ، فقد صححه .

وَلَمْ يُسَلَّمْ إِلَيْهِ ، وَقِيلَ : إِنْ أَقَامَ ٱلْبَيِّنَةَ . . جُعِلَ كَافِراً قَوْلاً وَاحِداً ، وَإِنْ لَمْ يُقِمِ ٱلْبَيِّنَةَ . . فَفِيهِ قَوْلَانِ . وَإِنِ ٱدَّعَتِ ٱمْرَأَةٌ نَسَبَهُ . . لَمْ يُقْبَلْ فِي ظَاهِرِ ٱلنَّصِّ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَقِيلَ : يُقْبَلُ . . . .

مسلماً ؛ لكون أمه مسلمةً ، وقد حكمنا بإسلامه بالدار ، فلا ننقضه بالاحتمال ، ولأنه أقرَّ بما يضرُّه ؛ وهو لزوم مؤنته ، وبما يضرُّ غيره ؛ وهو كفره ، فقبلناه فيما يضرُّه فقط ، (**ولم يسلَّم إليه**) كي لا يفتنه في دينه ، بل يستحبُّ كما في « المهذب » تسليمه إلىٰ مسلمٍ إلىٰ أن يبلغ [1] ؛ احتياطاً للإسلام .

(**وقيل : إن أقام البينة . . جُعِل كافراً قولاً واحداً**) لِمَا سبق .

قال ابن الملقن : (وهـٰذا فيه تكرير ؛ فإنَّه قال أولاً : « فإن أقام البينة . . . » إلىٰ آخره ، والطريقان فيما إذا لم يقم / البينة فقط) [2] ٥١٤/ب

(**وإن لم يقم البينة . . ففيه قولان**) وجه جعله كافراً : أنَّ كل ما أثبت النسب . . أثبت الدِّين كالبينة ، وعلىٰ هـٰذا : لا يُسلَّم إليه أيضاً .

* *

(**وإن ادَّعتِ امرأةٌ نسبه . . لم يُقبَل**) قولها (**في ظاهر النص إلا ببينةٍ**) تشهد بولادتها له .

(**وقيل : يُقبَل**) من غير بينةٍ كالرجل ، وفرق **الأوَّل** : بإمكان إقامتها البينة علىٰ ولادتها بالمشاهدة ، بخلاف الرجل .

---

(١) المهذب (١/٥٧٠) .

(٢) هادي النبيه (ق ١/١٧٨) مخطوط .

وَقِيلَ : إِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ . . لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا زَوْجٌ . . قُبِلَ . وَإِنِ ٱدَّعَاهُ ٱثْنَانِ وَلِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ . . قُضِيَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ ، أَوْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ . . عُرِضَ عَلَى ٱلْقَافَةِ . . . .

(**وقيل : إن كان لها زوجٌ . . لم يُقبَل**) لأنه لو لَحِقها . . لوجب لحوقه بزوجها ؛ لأن الفراش لا يتبعَّض ، وهو لا يلحقه مع إنكاره ، (**وإن لم يكن لها زوجٌ . . قُبِل**) لانتفاء هٰذا المانع ، وإن استلحقته ببينةٍ . . لحقها ، وكذا زوجها إن شهدت بينتها بوضعه علىٰ فراشه وأمكن العلوق منه ، ولا ينتفي عنه إلا بلعانٍ ، فإن لم تشهد البينة بذٰلك ، أو شهدت به لٰكن لم يمكن العلوق منه . . لم يلحقه .

* * *

ويصح استلحاق الخنثىٰ ؛ كما قاله أبو الفرج الزاز [1] ، ويثبت النسب بقوله ؛ لأن النسب يُحتاط له ، والأمة كالحرَّة في الاستلحاق ، فيصح ببينةٍ ، لٰكن لا يُحكَم برقِّ الولد لمولاها باستلحاقها ؛ لاحتمال انعقاده حرّاً بوطء شبهةٍ .

[حكم تنازع اثنين في نسب اللقيط]

(**وإن ادَّعاه اثنان**) معاً وهما ممَّن يصحُّ استلحاقهما (**ولأحدهما بينةٌ . . قُضِي له**) بها ؛ عملاً بالبينة ، ولا يُقدَّم مسلمٌ علىٰ كافرٍ ، ولا حرٌّ علىٰ عبدٍ ؛ لأن كلّاً أهلٌ للاستلحاق لو انفرد ، فلا مزيَّة .

(**وإن لم يكن لواحدٍ منهما بينةٌ ، أو لكل واحدٍ منهما بينةٌ**) وتعارضتا وأسقطناهما . . (**عُرِض على القافة**) لأن لها أثراً في الأنساب عند الاشتباه ،

---

(١) انظر « النجم الوهاج » (٦/٨٣) .

فَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا يَدٌ . . لَمْ تُقَدَّمْ بَيِّنَتُهُ بِٱلْيَدِ ، وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ ٱلْقَافَةُ بِأَحَدِهِمَا . . لَحِقَ بِهِ . وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِهِمَا ، أَوْ نَفَتْهُ عَنْهُمَا ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهَا ، أَوْ لَمْ تَكُنْ قَافَةٌ . . تُرِكَ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ، فَيَنْتَسِبَ إِلَىٰ مَنْ تَمِيلُ إِلَيْهِ نَفْسُهُ . . . .

(**فإن كان لأحدهما يدٌ . . لم تُقدَّم بينته باليد**) لأن اليد إنَّما تدلُّ على الملك لا على النسب ، فلا يرجَّح بها ، بخلاف المال ، فإن استلحق اللقيطَ ذو يدٍ ثم استلحقه آخر . . لم يلتفت إليه ؛ لثبوت النسب من الأوَّل ، إلا إن كان الأول هو الملتقط . . فيُعرَض على القائف ، وإن لم يستلحقه ذو اليد إلا وقد استلحقه آخر . . استويا ، فتُعتمَد البينة في تقديم أحدهما به .

(**وإن ألحقته القافة بأحدهما . . [لحق به]**) لِمَا مرَّ .

(**وإن ألحقته**) القافة (**بهما ، أو نفته عنهما ، أو أشكل عليها**) الحال (**أو لم تكن قافةٌ**) بأن لم يُوجَد علىٰ دون مسافة القصر ؛ كما ذكره الماوردي (١) ، وحكاه الرافعي في (العدد) عن الروياني (٢) . . (**تُرِك حتىٰ يبلغ ، فينتسب إلىٰ من تميل إليه نفسه**) فمن انتسب إليه منهما . . لَحِق به ؛ لِمَا رواه البيهقي بسندٍ صحيحٍ : أن رجلَينِ ادَّعيَا رجلاً لا يدري أيهما أبوه ، فقال عمر رضي الله عنه : (اتَّبع أيهما شئت) (٣) ؛ أي : بميل الطبع لا بمجرَّد التشهِّي ؛ لأن طبع الولد

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٤٩٤ ـ ٤٩٥) .

(٢) الشرح الكبير (٩/٤٦٧) ، بحر المذهب (٨/٣٢٥) .

(٣) السنن الكبير (١٠/٢٦٣) برقم (٢١٣٠٤) .

يميل إلىٰ والده ، ويجد به ما لا يجده بغيره ، فلا يكفي انتسابه وهو صبيٌّ ولو مميزاً ، بخلافه في الحضانة ؛ فإنه يُخيَّر بين أبويه ؛ لأن اختياره / فيها لا يلزم ، ٥١٥/أ
بل له الرجوع عن الأوَّل ؛ لأنه ليس من أهل الأقوال الملزمة ، بخلافه هنا ؛ لا يقبل رجوعه ، وينفقان عليه مدَّة الانتظار ، والقرار علىٰ من لحقه النسب ، فإن انتسب إلىٰ أحدهما . . رجع الآخر عليه بما أنفق إن أنفق بإذن الحاكم ، فإن فقد الميل منه . . وُقِف أمره ، فإن انتسب إلىٰ ثالثٍ وصدَّقه . . لَحِقه .

فإن وُجِد بعد انتسابه قافةٌ ألحقته بغير ما انتسب إليه . . بطل الانتساب ؛ لأن إلحاقها حجَّةٌ أو حكمٌ ، ولو ألحقته القافة بواحدٍ وانتسب إلىٰ آخر . . اعتُبِرت .

ولو وُجِدت بينةٌ بعد الانتساب والإلحاق . . أبطلتهما ؛ لأنها حجَّةٌ في كل خصومةٍ ، بخلافهما .

* * *

ولو تنازعتِ امرأتان لقيطاً أو مجهولاً ، و[أقامتا][1] بينتَينِ . . تعارضتا ، وعُرِض معهما على القافة ؛ فإن ألحقته بإحداهما . . لحقها ولحق زوجها أيضاً ، فإن لم يكن بينةٌ . . لم يُعرَض على القافة ؛ لِمَا مرَّ أن استلحاق المرأة إنَّما يصح مع البينة[2] .

* * *

(١) في الأصل : (أقام) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٥٠٣) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٥٢) .
(٢) انظر ما تقدم قريباً (٥/٦١١) .

وَإِنِ ٱدَّعَىٰ رَجُلٌ رِقَّهُ . . لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ بِأَنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ . . . .

ولو تداعيا مولوداً ؛ فقال أحدهما : (هو ذكر) وقال الآخر : (هو أنثىٰ) فبان ذكراً . . ففي [« الشامل »][1] : (يحتمل ألَّا تُسمَع دعوىٰ من قال : هو أنثىٰ ؛ لأنه قد عيَّن غيره ، ويحتمل أن تُسمَع ؛ لأنه قد يخطئ في الصفة) أي : وهـٰذا أقرب[2] .

❊

ولو استرضع ابنه يهوديةً مثلاً معها ابنٌ ، وسافر ، ثم رجع فوجدها ميتةً ولم يعرف ابنه من ابنها . . ففي « فتاوى النووي » : (يُوقَف الأمر حتىٰ يتبيَّن [الحال ببينةٍ][3] أو قافةٍ ، أو يبلغا فينتسبا انتساباً مختلفاً ، وفي الحال يوضعان في يد مسلمٍ ، فإن لم تُوجَد بينةٌ ولا قافةٌ وانتسبا إلىٰ واحدٍ . . دام الوقف فيما يرجع إلى النسب ، ويتلطَّف بهما ليسلما ، فإن أصرَّا على الامتناع من الإسلام . . لم يُكرَها عليه)[4]

❊

(**وإن ادَّعىٰ رجلٌ**) مثلاً سواء الملتقط وغيره (**رقَّه**) أي : اللقيط . . (**لم يُقبَل**) لأن الظاهر الحريَّة ، فلا تُترَك (**إلا ببينةٍ تشهد**) وتتعرَّض لسبب الملك له من إرثٍ أو شراءٍ أو (**بأن أمته ولدته**) وإن لم تقل : (في ملكه) لأن الغرض

---

(١) في الأصل : (الكامل) ، والتصويب من « مغني المحتاج » (٢/٥٥٣) .

(٢) قال الشارح رحمه الله تعالىٰ في « مغني المحتاج » (٢/٥٥٣) بعد أن ساق كلام « الشامل » : (والأول أظهر) .

(٣) في الأصل : (بينة) ، والتصويب من « فتاوى النووي » .

(٤) فتاوى النووي (ص ١٩٩) .

وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ حَتَّىٰ تَشْهَدَ بِأَنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ .

العلم بأن شهادتهما لم تستند إلىٰ ظاهر اليد ، وقد حصل ، **ولأن الغالب** : أن ولد أمته ملكه ، ولا يكفي مطلق الملك ؛ لأن أمر الرقِّ خطيرٌ ، فاحتيط فيه ، بخلاف سائر الأموال .

(وقيل : فيه قولٌ آخر : أنه لا يُقبَل حتىٰ تشهد بأن أمته ولدته في ملكه) لأن من اشترىٰ جاريةً وقد ولدت أولاداً . . صُدِّق أن أمته ولدتهم ، وليسوا ملكاً له ، فإذا قال هـٰذا . . انتفىٰ هـٰذا الاحتمال ، وهـٰذا صحَّحه النووي في « تصحيحه »[1] علىٰ وفق ما يأتي في (الدعاوىٰ) .

* *

والأصح : الأول ؛ كما في « أصل الروضة »[2] ، وجرىٰ عليه ابن المقري[3] ، **وفرق ابن الرفعة بين ما هنا وبين ما في (الدعاوىٰ)** : بأن ما هنا في اللقيط ؛ أي : أو نحوه ، **والمقصود فيه** : معرفة الرقِّ من الحرية .

والقصد في الدعاوىٰ : تعيين المالك ؛ لأن الرقَّ متفقٌ عليه ، وذٰلك لا يحصل / بكون أمته ولدته[4] ٥١٥/ب

وفرق ابن العماد : بأن اليد نصٌّ في الدلالة على الملك ، فاشترط في زوالها ذِكر ذٰلك ، بخلاف الحكم بحرية الولد ؛ فإنه ظاهرٌ والرقُّ محتملٌ ،

---

(١) تصحيح التنبيه (١/٤١٢) .

(٢) روضة الطالبين (٤/٢٤٩) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/٤٢٤) .

(٣) روض الطالب (١/٤٧٧) .

(٤) كفاية النبيه (١٨/٥٤٠) .

وَإِنْ قُتِلَ ٱللَّقِيطُ عَمْداً . . فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ ٱلْقَاتِلِ إِنْ رَأَىٰ ذَٰلِكَ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ ٱلدِّيَةَ إِنْ رَأَىٰ ذَٰلِكَ . . . .

ولهٰذا اختلف في وجوب القَوَد علىٰ قاتله ؛ لاحتمال الرقِّ [١]

وإذا اكتُفي بالشهادة المذكورة . . فيكفي شهادة أربع نسوةٍ أنه ولدته أمته ؛ لأنها شهادةٌ بالولادة ، ويثبت الملك ضمناً ، شهدت به أيضاً أم لا ؛ كثبوت النسب في ضمن الشهادة بالولادة .

*

(**وإن قُتِل اللقيط عمداً . . فللإمام أن يقتصَّ من القاتل**) قبل البلوغ (**إن رأىٰ ذٰلك**) لأنه مسلمٌ معصومٌ ، (**وله أن يأخذ الدية إن رأىٰ ذٰلك**) وإلا . . التحق بالحدود المتحتِّمة ، سواء أكان القاتل عبداً أم حرّاً ، صدَّق علىٰ حرية اللقيط وإسلامه أم كـذَّب ؛ لأنه محكومٌ بإسلامه وحريته ، ولا وارث له ، فورثه المسلمون ، وعمل فيه الإمام المصلحة ، وليس له العفو مجاناً ؛ لأنه خلاف مصلحة المسلمين ، **وقيل** : لا يجب القود ؛ لأنه يُدرَأُ بالشبهة ، ولأن الحقَّ للمسلمين وفيهم من لا يُستوفَىٰ له ؛ وهم الصبيان والمجانين .

وَرُدَّ : بأن الاستحقاق منسوبٌ إلىٰ جهة الإسلام لا إلىٰ آحاد المسلمين .

وإن قُتِل خطأً أو شبهَ عمدٍ . . ففيه ديةُ حرٍّ مسلمٍ ميراثاً للمسلمين .

---

(١) التعقبات على المهمات (ق ٢/٢٢٨) مخطوط .

وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ عَمْداً وَهُوَ مُوسِرٌ . . ٱنْتُظِرَ حَتَّىٰ يَبْلُغَ . وَإِنْ كَانَ فَقِيراً ؛ فَإِنْ كَانَ مَعْتُوهاً . . كَانَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَعْفُوَ عَلَىٰ مَالٍ يَأْخُذُهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ عَاقِلاً . . ٱنْتُظِرَ حَتَّىٰ يَبْلُغَ . . . .

(**وإن قُطِع طرفه عمداً وهو موسرٌ . . انتُظِر حتىٰ يبلغ**) ويفيق إن كان معتوهاً ؛ لئلا يفوت عليه حقُّ التشفِّي ، ويُحبَس الجاني إلىٰ أن يكمل ، **وقيل** : للإمام في حال جنونه أن يقتصَّ ، وله أن يعفو علىٰ مالٍ (١)

✲ ✲ ✲

(**وإن كان فقيراً ؛ فإن كان معتوهاً . . كان للإمام أن يعفو علىٰ مالٍ [يأخذه] وينفق عليه**) منه للضرورة ؛ لأن العتَهَ يخفىٰ وقت زواله ، بخلاف الصبي ؛ فإنه ينتظر بلوغه ، وقيَّد الإمام ذٰلك بتحقُّق الحاجة وبُعْد توقُّع الإفاقة (٢)

وإذا عفا الإمام وأخذ الدية ، ثم كمل اللقيط وأراد [ردَّ] الدية ليقتصَّ . . لم يُمكَّن من ذٰلك ؛ كما لو عفا الولي عن الشفعة للمصلحة ، ثم بلغ وأراد الأخذ بها . . فإنَّه لا يُمكَّن ، وكذا للولي من أبٍ أو جدٍّ إذا جُنِيَ علىٰ موليه وهو مجنونٌ فقيرٌ بقطع طرفٍ أن يعفو علىٰ مالٍ ؛ لِمَا ذُكِر ، وليس للوصي ذٰلك ؛ لأن ذٰلك إسقاطٌ للقصاص ، وليس هو للوصي .

(**وإن كان عاقلاً . . انتظر حتىٰ يبلغ**) لِمَا مرَّ .

✲ ✲ ✲

---

(١) عبارة « كفاية النبيه » (١١/٤٩٦ ـ ٤٩٧) : (وقيل : للإمام في هٰذه الحالة أن يعفو علىٰ مال ، حكاه الماوردي ، وعن القفَّال : أن له في حال جنونه أن يقتصَّ) .

(٢) نهاية المطلب (٨/٥٤٠) .

وَإِنْ بَلَغَ فَقَذَفَهُ رَجُلٌ وَٱدَّعَىٰ أَنَّهُ عَبْدٌ ، فَقَالَ ٱللَّقِيطُ : (بَلْ أَنَا حُرٌّ) . . فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَصَحُّهُمَا : أَنَّ ٱلْقَوْلَ قَوْلُ ٱلْقَاذِفِ . وَإِنْ جَنَىٰ عَلَيْهِ حُرٌّ وَقَالَ : (أَنْتَ عَبْدٌ) ، فَقَالَ : (بَلْ أَنَا حُرٌّ) . . فَٱلْقَوْلُ قَوْلُ ٱللَّقِيطِ ؛ فَيَحْلِفُ وَيَقْتَصُّ مِنْهُ . . . .

([وإن][1] **بلغ**) اللقيط (**فقذفه رجلٌ**) مثلاً (**وادَّعىٰ أنه عبدٌ ، وقال اللقيط : بل أنا حرٌّ . . ففيه قولان ؛ أصحُّهما**) كما في « أصل الروضة » و« التصحيح » : (**أن القول قول**) اللقيط بيمينه ؛ **لأن الأصل** : الحرية ، فيجب الحدُّ على القاذف[2]

والقول الثاني : أن القول قول (**القاذف**) بيمينه في درء الحدِّ ؛ لأنه يحتمل أن يكون عبداً ، **والأصل** : براءة الذمَّة ، **فعلىٰ هـٰذا** : **يُعذَر** ، **وظاهر إيراد ابن يونس** : أن الشيخ صحَّح الأول ؛ فإنه قال : (ففيه قولان ؛ **أصحُّهما** : أن القول قول اللقيط)[3]

* *

٥١٦/أ (**وإن جنىٰ عليه حرٌّ**) / بقطع طرفه (**وقال : أنت عبدٌ** ، [**فقال**][4] : **بل أنا حرٌّ . . فالقول قول اللقيط**) بيمينه قطعاً ، (**فيحلف ويقتصُّ منه**) لأنَّ القصاص وجب من جهة الظاهر ، والقيمة مشكوكٌ فيها ، فلا يُعدَل من ظاهرٍ إلىٰ مشكوكٍ فيه .

---

(١) في الأصل : (فإن) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .
(٢) روضة الطالبين (٤/٢٥٥) ، تصحيح التنبيه (١/٤١٤) ، وانظر « الشرح الكبير » (٦/٤٣٥) .
(٣) شرح التنبيه (ق ١/٢٣١) مخطوط .
(٤) في الأصل : (وقال) ، والتصويب من مخطوطات « التنبيه » .

وَقِيلَ : فِيهِ قَوْلَانِ كَٱلْقَذْفِ . . . .

(وقيل : فيه قولان كالقذف) والجامع بينهما : قدرة اللقيط على إقامة البينة بالحرية ، وهٰذه الطريقة هي الصحيحة ، **وأصحُّ قوليها** : تصديق اللقيط .

[الحكم بالإسلام تبعاً للأصول أو السابي]

وكما يُحكَم بإسلام اللقيط تبعاً للدار . . يُحكَم بإسلام غير اللقيط إذا كان صبياً أو مجنوناً تبعاً لأحد أصوله ؛ بأن يكون أحد أصوله ولو من قِبَل الأم مسلماً وقت العلوق به ، أو بعده قبل البلوغ أو الإفاقة وإن [كان][1] ميتاً والأقرب حياً كافراً ؛ تغليباً للإسلام .

* * *

فإن قيل : إطلاق ذٰلك يقتضي إسلام جميع الأطفال بإسلام جدهم آدم عليه أفضل الصلاة والسلام .

أُجيب : بأن الكلام في جدٍّ يُعرَف النسب إليه ؛ بحيث يحصل بينهما التوارث ، وبأن التبعية في اليهودية والنصرانية حكمٌ جديدٌ ؛ لخبر : « وإنَّما أبواه يهوِّدانه أو ينصِّرانه »[2]

وتبعاً لسابيه المسلم ولو غير مكلَّفٍ إن لم يكن معه في السبي أحد أصوله ؛ لأنه صار تحت ولايته ، فإن كان معه فيه أحدهم . . لم يتبع السابي ؛ لأن تبعية أحدهم أقوىٰ ، ومعنىٰ كون أحدهم معه ؛ كما في « الروضة » : أن

---

(١) في الأصل : (يكون) ، والتصويب من « فتح الوهاب » (١/ ٢٦٥) .

(٢) أخرجه البخاري (١٣٥٨) ، ومسلم (٢٦٥٨) عن سيدنا أبي هريرة رضي الله عنه .

يكونا في جيشٍ واحدٍ ، وغنيمةٍ واحدةٍ ، لا أنهما في ملك رجلٍ[1]

وخرج بـ (**المسلم**) : الكافر ، فلا يحكم بإسلام مَسْبيه وإن كان بدارنا ؛ لأن الدار لا تُؤثِّر فيه ، ولا في أولاده ، فكيف تؤثِّر في مَسْبيه ؟!

نعم ؛ هو علىٰ دين سابيه ؛ كما قاله الماوردي وغيره[2]

* * *

ولو سبى الكافرُ الصبيَّ أو المجنون وباعه ، أو باعه السابي المسلم وكان سباه مع أحد أبويه في جيشٍ واحدٍ من مسلمٍ ولو دون أبويه . . لم يتبع المشتري ؛ لفوات وقت التبعية ، ولو سباه مسلمٌ وكافرٌ . . فهو مسلمٌ .

*

وخرج بـ (**التبعية**) : إسلامه استقلالاً ، فلا يصح منه ؛ كسائر العقود ، قالوا : ولا تُقاس صحَّته من المميِّز علىٰ صحَّة سائر العبادات منه ؛ لأنها تقع نفلاً ، والإسلام لا يُتنفَّل به ، وإنَّما تصح مباشرة الإسلام من مكلَّفٍ ؛ بأن ينطق بالشهادتين إن كان ناطقاً ، أو بالإشارة إن كان عاجزاً .

وإنَّما صحَّ إسلام عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه في صغره ؛ لأن الأحكام ـ كما قال البيهقي ـ إنَّما تعلَّقت بالبلوغ بعد الهجرة في عام الخندق ، أما قبلها . . فهي منوطةٌ بالتمييز ، وكان عليٌّ مميِّزاً حين أسلم[3]

---

(١) روضة الطالبين (٤/٢٣٨) .

(٢) الحاوي الكبير (٩/٤٨٤) .

(٣) معرفة السنن والآثار (٩/٩٤ ـ ٩٥) .

وَإِذَا بَلَغَ ٱللَّقِيطُ وَوَصَفَ ٱلْكُفْرَ ؛ فَإِنْ كَانَ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ تَبَعاً لِأَبِيهِ . . فَٱلْمَنْصُوصُ : أَنَّهُ لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ . . . .

وإذا لم نصحِّح إسلامه . . لا نمنعه من الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات ؛ كما قاله الزركشي ؛ أخذاً من كلام الإمام الشافعي رضي الله تعالىٰ عنه [1]

ويدخل المميِّز بإسلامه مباشرةً الجنة قطعاً إذا أسرَّه كما أظهره .

ويُحال بينه وبين أبويه / وأهله الكفار استحباباً ؛ لئلا يفتنوه ، وطمعاً في أن يثبت بعد البلوغ علىٰ ما وصفه ، وفي أطفال المشركين إذا ماتوا أقوالٌ ؛ **أصحُّها** : أنهم يدخلون الجنة . ٥١٦/ب

* * *

(وإذا بلغ اللقيط ووصف الكفر ؛ فإن كان حُكِم بإسلامه تبعاً لأبيه . . فالمنصوص : أنه لا يُقَرُّ عليه) لأنه مرتدٌّ لا كافرٌ أصلي ؛ لأن الحكم بإسلامه مجزومٌ به ؛ لكونه علىٰ علمٍ منَّا بحقيقة الحال ، بخلافه في تابع الدار ؛ كما سيأتي ؛ لبنائه علىٰ ظاهرها ، فإذا أعرب عن نفسه بالكفر . . تبيَّن خلاف ما ظننَّاه ، ولا تنقض الأحكام الجارية عليه قبل الحكم بردَّته ؛ من إرثٍ وغيره من الأحكام ، حتىٰ لا يرد ما أخذه من تركة قريبه المسلم ، ولا يأخذ من تركة قريبه الكافر ما حرمناه منه ، ولا يُحكَم بأن إعتاقه عن الكفارة لم يقع مجزئاً ؛ لأنه كان مسلماً ظاهراً وباطناً ، بخلاف ما إذا قلنا : إنه كافرٌ أصليٌّ .

---

(١) خادم الرافعي والروضة (ق ٩/٥٦) مخطوط ، معرفة السنن والآثار (٩/٩٣ ـ ٩٤) .

وَخُرِّجَ فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ يُقَرُّ عَلَيْهِ . وَإِنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِٱلدَّارِ ، ثُمَّ بَلَغَ وَوَصَفَ ٱلْكُفْرَ . . فَٱلْمَنْصُوصُ : أَنَّهُ يُقَالُ لَهُ : (لَا نَقْبَلُ مِنْكَ إِلَّا ٱلْإِسْلَامَ) ، وَنُفَزِّعُهُ ؛ فَإِنْ أَقَامَ عَلَى ٱلْكُفْرِ . . قُبِلَ مِنْهُ . . . .

(**وخُرِّج فيه قول آخر**) من المسألة الآتية : (**أنه يُقَرُّ عليه**) فيكون كافراً أصلياً ؛ لأنَّا إنَّما حكمنا بإسلامه تبعاً ، فإذا استقلَّ . . انقطعت التبعية ، فوجب أن يعتبر بنفسه ، ثم في المحكوم بإسلامه تبعاً للسابي إذا بلغ وأعرب بالكفر . . ما مرَّ في المحكوم بإسلامه تبعاً لأحد أصوله ؛ فإن[1] مات من حُكِم بإسلامه تبعاً بعد البلوغ وقبل الإفصاح بشيءٍ . . لم يُنقَض ما حُكِم به من أحكام إسلامه في الصبا **على الأصح** ، بخلاف ما [إذا] قلنا : إنه كافرٌ أصليٌّ .

* * *

(**وإن حُكِم بإسلامه بالدار ، ثم بلغ ووصف الكفر . . فالمنصوص : أنه يقال له : لا نقبل منك إلا الإسلام**[2] ، **ونفزّعه**) أي : نخوِّفه [إلىٰ] أن يسلم ، (**فإن أقام على الكفر . . قُبِل منه**) أي : أُقِرَّ علىٰ كفره ، فيكون كافراً أصلياً لا مرتداً ، وننقض ما أمضيناه من أحكام الإسلام ؛ من إرثه من قريبه المسلم ، ومنع إرثه من قريبه الكافر ، وجواز إعتاقه عن الكفارة إن كان رقيقاً ، ونحو ذٰلك ممَّا جرىٰ في الصغر أو بعد البلوغ وقبل الإفصاح بالكفر ، وهٰذا معنىٰ قولهم : (تبعيَّة الدار ضعيفةٌ) .

---

(١) في الأصل : (فإن من) ، والتصويب من « روض الطالب » (١/٤٧٥) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٤٧) .
(٢) الأم (٧/٦١١) .

وَخُرِّجَ فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ : أَنَّهُ كَالْمَحْكُومِ بِإِسْلَامِهِ بِأَبِيهِ . وَإِنْ بَلَغَ وَسَكَتَ ، فَقَتَلَهُ مُسْلِمٌ . . فَقَدْ قِيلَ : لَا قَوَدَ عَلَيْهِ . . . .

نعم ؛ إن تمحَّض المسلمون بالدار . . لم يُقَرَّ على كفره قطعاً ، قاله الماوردي (١) ، وأقرَّه ابن الرفعة (٢)

[(وخرج فيه قولٌ آخر : أنه) لا يُقبَل منه (كالمحكوم بإسلامه بأبيه) والجامع : الحكم بإسلامه ظاهراً ، ولكن الأصح : تقرير النصَّينِ والفرق بينهما بما تقدَّم] (٣)

❊ ❊ ❊

(وإن بلغ وسكت) أي : لم يفصح بشيءٍ من الكفر ولا من الإسلام بعد التمكُّن منه (فقتله مسلمٌ . . فقد قيل) وهو الأصح : (لا قَوَد عليه) صيانةً للدم مع احتمال الكفر ، ولأن حكم التبعية بطل بالبلوغ ، ولم يثبت الإسلام بالاستقلال ، فكان شبهةً في درءِ القصاص ، وتجب ديته ؛ لأنه قد سبق الحكم بإسلامه وحريته ، ولم يثبت الكفر بعده .

وفارق عدم إيجاب القصاص : بأن حقن الدم يُحتاط له ما لا يُحتاط للمال ، وما ذُكِر من أنه لا يُقتَصُّ له هو ما نصَّ / عليه الشافعي ؛ كما في « البيان » ٥١٧/أ

---

(١) الحاوي الكبير (٩/٤٩٩) .

(٢) كفاية النبيه (١١/٥٠٣) .

(٣) قول المصنف : (وخرج فيه قول آخر : أنه كالمحكوم بإسلام أبيه) لم نجد له شرحاً في النسخة المعتمدة في التحقيق ، وشرحه مهم ، وقد استقينا شرحه من « كفاية النبيه » (١١/٥٠٣) و« شرح التنبيه » للسيوطي (٢/٥٢) .

وَقِيلَ : يَجِبُ ، وَقِيلَ : إِنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِأَبِيهِ . . فَعَلَيْهِ ٱلْقَوَدُ ، وَإِنْ حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ بِٱلدَّارِ . . فَلَا قَوَدَ عَلَيْهِ . . . .

وغيره[١] ، وصحَّحه النووي في « تصحيحه »[٢] ، وصوبه في « المهمات »[٣] ، وهو موافقٌ لِمَا صحَّحوه من أنه لا قصاص بقتل المحكوم بإسلامه بتبعية غير الدار ممَّا ذُكِر ، بل أَولىٰ ؛ كما قاله صاحب « البيان » وغيره[٤] ، وبناء « أصل الروضة » الخلاف فيه على الخلاف في قتله قبل البلوغ . . لا يلزم منه الاتحاد في التصحيح[٥] .

(**وقيل : يجب**) القَوَد ؛ لأنه محكومٌ بإسلامه ، فاقتصَّ من قاتله ؛ كما لو قتله قبل بلوغه .

(**وقيل : إن حُكِم بإسلامه بأبيه**) أي : تبعاً له أو للسابي . . (**فعليه القَوَد**) لقوة التبعية ، (**وإن حُكِم بإسلامه بالدار . . فلا قَوَد عليه**) لضعف تبعية الدار ، أما إذا قتله بعد البلوغ وقبل التمكُّن من الإسلام . . فهو كما لو قتله قبل البلوغ ؛ كما ذكره الرافعي في (الظهار)[٦] .

---

(١) البيان (٤٣/٨) .

(٢) تصحيح التنبيه (٤١٤/١) .

(٣) المهمات (٣٠٧/٦) .

(٤) البيان (٤٤/٨) .

(٥) روضة الطالبين (٢٤١/٤) ، وانظر « الشرح الكبير » (٤٠٧/٦) .

(٦) الشرح الكبير (٢٩٦/٩) ، وقوله : (**الظهار**) تبع فيه النشائي رحمه الله تعالىٰ في « نكت ←

وَإِنْ بَلَغَ وَبَاعَ وَٱشْتَرَىٰ ، وَنَكَحَ وَطَلَّقَ ، وَجَنَىٰ وَجُنِيَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِٱلرِّقِّ . . فَقَدْ قِيلَ : فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ ، وَٱلثَّانِي : لَا يُقْبَلُ . . . .

(**وإن بلغ**) اللقيط (**وباع واشترىٰ ، ونكح وطلَّق ، وجنىٰ وجُنِي عليه ، ثم**) قامت بينةٌ برقِّه . . فهو رقيقٌ تصرَّف بغير إذن سيِّده ؛ فينقض حتىٰ يستردَّ ما قبضه من زكاةٍ وميراثٍ ، وما أُنفِق عليه من بيت المال ، ويتعلَّق برقبته ما أتلفه بغير رضا مستحقِّه ، ويقتصُّ سيده ممَّن جنىٰ عليه إن كان رقيقاً ، ويطالب بقيمته إن كان حُرّاً .

وإن لم [تقم][1] بينةٌ برقِّه لكن (**أقرَّ بالرقِّ**) ولم يُكذِّبه المُقَرُّ له ، ولم يسبق منه اعترافٌ بالحرية ولم يتصرَّف . . (**فقد قيل : فيه قولان ؛ أحدهما**) **وهو الأصح** : (**يُقبَل إقراره**) كسائر الأقارير .

(**والثاني : لا يُقبَل**) لأنه محكومٌ بحريته بظاهر الدار ، فإن سبق منه اعترافٌ بحريةٍ أو برقٍّ وكذَّبه المُقَرُّ له . . حُكِم بحريته ، فلا يُقبَل إقراره بالرق للمناقضة ؛ كما لو بلغ وأفصح بالإسلام ثم وصف الكفر . . لا يُقبَل منه ، ويُجعَل مرتدّاً ، فلو عاد المكذِّب له وصدَّقه ، أو ادَّعاه غيره وصدَّقه . . لم يُلتفَت إليه .

وقضية كلامهم : أنه لا يلزمه قيمة نفسه للثاني ، **وفرق بينه وبين إقرار المرأة بالنكاح لزيدٍ ثم لعمرٍو** : بأن إقراره ليس هو المفوِّت لحقِّ الثاني ، بل المفوِّت له الأصل مع تكذيب الأول له ، بخلاف إقرار المرأة .

← النبيه » (ص ٦٥٩) ، والإسنوي رحمه الله تعالىٰ في « المهمات » (٦/٣٠٧) ، وهو في (الكفارات) من « الشرح الكبير » ، فليتنبه لذلك ، والله أعلم .

(١) في الأصل : (يقم) ، والتصويب من سياق العبارة .

وَقِيلَ : يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ قَوْلاً وَاحِداً . وَفِي حُكْمِ إِقْرَارِهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : يُقْبَلُ فِي جَمِيعِ ٱلْأَحْكَامِ ، وَٱلثَّانِي : يُفَصَّلُ ؛ فَيُقْبَلُ فِيمَا عَلَيْهِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِيمَا لَهُ .

(وقيل : **يُقبَل إقراره قولاً واحداً**) لِمَا سبق ، وهـٰذه هي الطريقة الصحيحة ، (**وفي حكم إقراره**) إذا سبق منه تصرُّفٌ (**قولان ؛ أحدهما : يُقبَل في جميع الأحكام**) الماضية والمستقبلة ؛ لأنها فرع الرقّ .

(**والثاني**) وهو الأصح : (**يفصل**) في تصرُّفه الماضي (**فيُقبَل فيما عليه**) لأنه لا يضرُّ بغيره ، (**ولا يُقبَل فيما له**) لأنه يضرُّ بغيره ؛ كما لو قال : (لزيدٍ عليَّ ألفٌ ، ولي عنده رهنٌ بها) . . فيقبل في الدَّين دون الرهن .

* *

ويُقبَل في المستقبل في جميع الأحكام ، فلو نكح ثم أقرَّ بالرقِّ ؛ فإن كان أنثىٰ . . لم ينفسخ النكاح ، بل يستمر ، ويصير كالمستوفَى المقبوض ؛ لأن انفساخه يضرُّ الزوج / فيما مضىٰ ، سواء أكان الزوج ممَّن يحلُّ له نكاح الأمة ٥١٧/ب أم لا ؛ كما لو وجد الحُرُّ الطولَ بعد نكاح الأمة[١]

*

ويثبت للزوج الخيار في فسخ النكاح إن [شرطت][٢] الحرية فيه ؛ لفوات الشرط ، فإن فسخ بعد الدخول بها . . لزمه للمُقَرِّ له الأقل من المسمَّىٰ ومهر

---

(١) في الأصل : (الأمة أم لا) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٥٠٥) .

(٢) في الأصل : (شرط) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٥٠٥) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٥٠) .

المثل ؛ لأن الزائد منهما يضرُّ الزوج ، وإن فسخ قبل الدخول . . فلا شيء عليه ، وإن أجاز . . لزمه المسمَّىٰ ؛ لأنه الذي [لزمه] (١) بزعمه ، ولا يطالب به قبل الدخول ، ولا يطالب به ثانياً إذا كان سلَّمه إليها .

* * *

فلو طلَّقها قبل الدخول ولو بعد الإجازة . . سقط المسمَّىٰ ؛ لأن المقرَّ له يزعم فساد النكاح ، فإذا لم يكن دخولٌ . . وجب ألَّا يُطالَب بشيءٍ .

وأولادها قبل الإقرار أحرارٌ ؛ لظنِّه حريتها ، ولا تلزمه قيمتهم ؛ لأن قولها غير مقبولٍ في إلزامه ، والحادثون بعده أرقَّاء ؛ لأنه وطئها عالماً برقِّها ، والعلوق موهومٌ ، فلا يُجعَل مستحقّاً بالنكاح ، بخلاف الوطء ، وتُسلَّم إلى الزوج ليلاً ونهاراً كالحرائر .

ويخالف ذٰلك أمر الولد ؛ لِمَا مرَّ أنه موهومٌ .

* * *

ولو طلقها ولو بعد الإقرار . . اعتدَّت بثلاثة أقراء ؛ لأن عدَّة الطلاق حقُّ الزوج ، وله الرجعة فيها إن كان الطلاق رجعيّاً ، وتعتدُّ للوفاة بشهرَينِ وخمسة أيام كالأمة ، لعدم تضرُّره بنقصان العدَّة ؛ لأن عدَّة الوفاة حقٌّ لله تعالىٰ ، ولهٰذا وجبت قبل الدخول ، فقُبِل قولها في نقصها .

* * *

---

(١) في الأصل : (لزعمه) ، والتصويب من « أسنى المطالب » (٢/٥٠٥) ، و« مغني المحتاج » (٢/٥٥٠) .

وإن كان المُقِرُّ بالرقِّ ذكراً . . انفسخ النكاح ؛ إذ لا ضرر على الزوجة ، ولزمه المسمَّىٰ إن دخل بها ، أو نصفه إن لم يدخل بها ؛ لأن سقوط ذٰلك يضرُّها ، ويؤدِّيه ممَّا في يده أو من كسبه في الحال والاستقبال ، فإن لم يُوجَد شيءٌ من ذٰلك . . استقرَّ في ذمَّته إلىٰ أن يعتق .

خاتمة

[في بيان محلِّ قضاء ديون اللقيط]

تُقضَىٰ ديون اللقيط إذا أقرَّ بالرقِّ ممَّا في يده ، ولا تُقضَىٰ من كسبه الحاصل بعد الإقرار ؛ لأن الدُّيون لا تتعلَّق بكسب العبد بعد الحجر عليه فيما إذا أذن له فيه ، بخلاف المهر ؛ فإن لم يفِ بها ما في يده . . تعلَّق باقيها بذمَّته إلىٰ أن يعتق ، فإن فضل ممَّا معه شيءٌ بعد قضاء دَينه . . فللمُقَرِّ له ، وإن لم يكن معه شيءٌ . . رجع البائع في المبيع إن كان باقياً ، فإن تلف . . لزم ذمَّته إلىٰ أن يعتق .

ويستوفي المُقَرُّ له بالرقِّ ثمن ما باعه المُقِرُّ إن لم يكن استوفاه ، فإن كان استوفاه . . لم يطالب المشتري به ثانياً ، ولا يبطل بيعه وشراؤه الكائنان قبل إقراره بالرقِّ ؛ لِمَا مرَّ ، والله أعلم /. ٥١٨/أ

خاتمة المجلد الأوّل من المخطوط

تم النصف الأولُ من « **شرح التنبيه** » للخطيب الشربيني بحمد الله وعونه وحسن توفيقه ، وغفر الله للمؤلف المشار إليه ولوالديه ولمشايخه ولأصحابه ، ولجميع المسلمين ، ولمن جدَّ وقال : آمين .

واتفق الفراغ من زبره نهار الاثنين المبارك ، الثامنَ عشرَ من شهر ذي الحِجَّة الحرام ، قُبيل صلاة العصر ، وهو آخر شهور سنة (١٠٤٤) بآخر المسجد النبوي الشريف ، بالموضع الذي كان الابتداء فيه ؛ فلله الحمد ولله الشكر علىٰ ذٰلك وعلىٰ كل حالٍ .

بخط مالكه الفقير إلى الله تعالى الكريم المنَّان : **عبد الرحمٰن بن أحمد بن عبد الغافر جعمان الشافعي** ، عفا الله عنهم أجمعين .

اللَّهمَّ ؛ ارزقه فهم معانيه ، والعمل بما فيه .

تَــمَّ بِـجَـهْـدٍ وَتَـعَـبْ　　　بَـعْـدَ نَـشَـاطٍ وَطَـرَبْ
فَـلا يُـبَـعْ بِـوَزْنِـهِ　　　وَلَـوْ بِـوَادٍ مِـنْ ذَهَـبْ (١)

والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم .

* *

بلغ مقابلة علىٰ حسب الطاقة والإمكان بالحرم النبوي ، **تجاه الحضرة الشريفة** في الروضة المطهَّرة ، وذٰلك بعد صلاة عصر يوم الاثنين ، الثامنَ عشرَ من ذي الحِجَّة ، الذي هو من شهور سنة (١٠٤٤) وذٰلك علىٰ يد الفقير الحقير ، أسير ذنبه وخطاياه : **محمد بن إبراهيم بن عبد الله بالحول الحضرمي** ، المجاور بمدينة
٦/أ النبي صلى الله عليه وسلم ، وزاده شرفاً وفضلاً لديه ، آمين ، آمين ، آمين / .

---

(١) البيتان من مجزوء الرجز .

محتوى الكتاب

❁ ❁ ❁

❋ ❋ ❋